This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

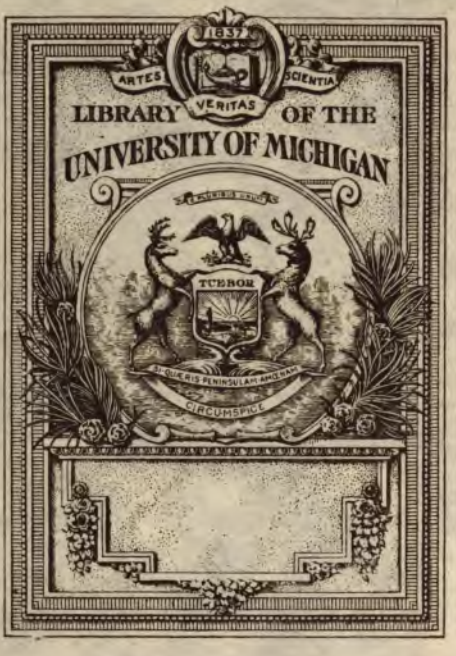
+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

A 455586 DUPL


1837
ARTES
VERITAS
SCIENTIA
LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN
TUEBOR
SI QUAERIS PENINSULAM AMOENAM
CIRCUMSPICE

350.05
1946
H67

REVUE HISTORIQUE

DE

DROIT FRANÇAIS

ET ÉTRANGER.

Paris. — Typographie Hennuyer et fils, rue du Boulevard, 7.

REVUE HISTORIQUE

DE

DROIT FRANÇAIS

ET ÉTRANGER

PUBLIÉE SOUS LA DIRECTION DE MM.

ÉD. LABOULAYE,
Membre de l'Institut,
Professeur de législation comparée au Collége de France ;

E. DE ROZIÈRE,
Inspecteur général des Archives ;

R. DARESTE,
Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation ;

C. GINOULHIAC,
Professeur d'histoire du droit à la Faculté de Toulouse.

TOME DOUZIÈME.

PARIS
AUGUSTE DURAND, LIBRAIRE, RUE DES GRÈS, 7.

1866

REVUE HISTORIQUE
DE DROIT FRANÇAIS
ET ÉTRANGER.

DE L'INFLUENCE DES TRAVAUX DE POTHIER ET DU CHANCELIER D'AGUESSEAU SUR LE DROIT CIVIL MODERNE.

INTRODUCTION.

1. Sources du droit.
2. Influences diverses de la législation, de la doctrine et de la jurisprudence.
3. Limites de l'action du législateur et du jurisconsulte.
4. Portée des travaux de Pothier et de d'Aguesseau.
5. Questions préliminaires.

1. Les perfectionnements introduits dans le droit d'un peuple naissent surtout de ses institutions politiques, de son caractère, de sa civilisation, de ses besoins particuliers; son histoire explique sa législation.

Mais si, au lieu de s'en tenir aux causes générales, on cherche le résultat et l'expression matérielle des progrès de la législation, il faut s'adresser à trois sources principales :

Les actes de la *législation positive ;*

Les œuvres des jurisconsultes, ou la *doctrine ;*

Les monuments de la *jurisprudence.*

C'est là qu'on peut suivre pas à pas les progrès accomplis, saisir les changements à l'instant même où ils se font, constater

361273

d'époque en époque ce qui est tombé en désuétude et ce qui s'est produit au jour, rencontrer en un mot toutes les transitions, toutes les transformations du droit.

2. En prenant à part chacune des trois sources que nous indiquons, l'étude des œuvres de la *législation positive* et celle de la *doctrine* offrent un intérêt de plus que l'examen de la *jurisprudence*, l'intérêt de constater directement l'action des volontés et des intelligences individuelles, de faire à chacun sa part dans la propagation des idées nouvelles. On trouve en même temps dans ces œuvres un caractère d'unité qu'elles puisent dans leur nature même, un travail de classification et de généralisation qui en fait, dès le moment de leur production, des œuvres scientifiques et systématiques.

La jurisprudence a une action plus journalière; ses décisions se produisent d'une façon continue pour suffire aux besoins des affaires; elles empruntent de leur application aux faits particuliers et à la pratique des choses une influence immédiate; leur force de chose jugée, toute relative qu'elle est, leur ajoute un poids considérable. D'autre part, par le retour des mêmes questions ou de questions se rattachant à un même système, elles peuvent à la longue constituer de vastes systèmes; les variétés infinies des espèces mettent en lumière des aperçus nouveaux, et, par les différences des points de vue sous lesquels elles présentent les questions, forcent le juge à étudier profondément les nuances de chaque théorie pour les faire passer dans la jurisprudence. Mais, comme œuvres scientifiques, les décisions judiciaires ont un défaut inévitable : elles se produisent isolément, comme des points détachés d'un ensemble plus vaste; chacune d'elles est faite pour le besoin d'une cause particulière, non pour les besoins généraux de la société et de la science, qui n'en profitent qu'indirectement. Un autre obstacle à l'étude des progrès dans la jurisprudence, c'est le caractère impersonnel des décisions judiciaires; il y manque une direction déterminée à l'avance par la volonté, et elles ne peuvent former un corps de doctrine que par un procédé artificiel, appliqué après coup, et qui a été étranger à leur formation.

Les travaux de la législation positive et de la doctrine, au contraire, nous montrent un progrès plus voulu, plus personnel. On y constate non-seulement la marche des idées

abstraites, mais la pensée agissante qui a travaillé à les faire accepter. On sent l'homme derrière son œuvre.

Si maintenant on prend à part l'action du législateur, on la trouve plus directe et plus énergique ; elle s'impose avec une autorité souveraine ; elle est le guide de la jurisprudence et de la doctrine, dont les évolutions sont restreintes dans les limites qu'elle leur trace. Mais il ne faut pas trop donner à cette suprématie : souvent la voie que le législateur ouvre à la doctrine et à la jurisprudence s'élargit devant elles ; elles perfectionnent ce qu'il a seulement entrevu ; leur marche ne se manifeste pas, comme celle de la puissance législative, par des actes isolés et d'une vaste portée, mais par des travaux suivis et répétés dans une sphère restreinte ; elle consiste en progrès lents et successifs qui exigent moins d'autorité et trouvent moins de résistances. Et lorsque, comme dans notre ancienne jurisprudence, les lois ne forment pas un système homogène et complet, ces progrès de la doctrine ou des arrêts s'imposent peu à peu dans la législation ou en préparent les nouvelles décisions.

3. Telles sont les influences directes qui agissent sur le perfectionnement du droit. En étudiant le type du législateur et celui du jurisconsulte dans deux de leurs plus illustres représentants, nous verrons avec quelle puissance se sont exercées, au dix-huitième siècle, celles de ces influences qui se prêtent le mieux à une étude complète et définie. Mais ce que nous ne demanderons à l'initiative ni du législateur ni du jurisconsulte, pas plus qu'à l'action de la jurisprudence, ce seront les réformes radicales, le renversement de l'état social, si vicieux qu'il puisse être.

Le rôle du législateur et du jurisconsulte doit se restreindre, dans le présent, sur cette limite étroite qui sépare le passé de l'avenir ; leur influence est d'autant plus sûre qu'ils ne se perdent pas en tentatives aventureuses : ne point rester en retard, ne point courir trop avant, telle est la condition d'efficacité de leurs efforts. Quant à ces changements brusques et violents qui sont parfois nécessaires, ils ne sauraient être l'œuvre d'un jurisconsulte, ni même d'un législateur armé de pouvoirs ordinaires et réguliers : ils ne peuvent être que l'effort d'une société tout entière soulevée. L'innovateur qui n'est pas soutenu et emporté par un de ces irrésistibles mouvements doit s'at-

tendre à rester impuissant, et même à perdre le bénéfice de ses réformes les plus légitimes. Mais à côté du progrès par voie de révolution, se trouve le progrès qui résulte du perfectionnement des institutions actuelles; ce progrès, tout individu a le pouvoir d'y contribuer dans une certaine mesure.

L'époque de *d'Aguesseau* et de *Pothier* pouvait offrir de dangereuses tentations aux esprits avides de perfectionnement et leur exagérer la portée des réformes possibles. Nous ne parlons pas ici de la constitution politique de la société : l'impuissance d'une volonté individuelle à y opérer une révolution était trop manifeste pour les contemporains eux-mêmes; la lutte était trop vive entre les idées et les intérêts contraires pour qu'une des autorités alors reconnues pût résoudre le problème. Mais la tentation d'innover était très-possible sur un autre point, dans la réforme et l'unification du droit privé : là, du moins, la révolution qui devait bientôt s'accomplir dans les faits était partout dans les esprits. Jamais on n'avait tant attaqué la multiplicité, l'incohérence de nos législations coutumières; jamais on n'avait réclamé avec tant d'insistance une loi uniforme pour toute la France.

On eût dit qu'il suffisait d'un trait de plume pour faire cette réforme; tout semblait y convier les législateurs, les jurisconsultes et les parlements.

Les parlements se tinrent presque complétement à l'écart du progrès. Quant aux législateurs et aux jurisconsultes, ils s'y prêtèrent mieux; mais ils surent comprendre que leur rôle devait différer de celui des publicistes, auxquels moins d'autorité imposait moins de réserve. Ils virent que renouveler le droit civil, le ramener à l'unité, ce ne serait pas toucher seulement à des intérêts privés, mais à une foule d'institutions sociales qui, à défaut d'autre résistance, avaient la force de l'inertie. Celui qui eût tenté contre elles une attaque prématurée eût été sûr de succomber, comme autrefois Michel de Marillac, dans son entreprise.

Les philosophes, les publicistes avaient leurs raisons d'être plus hardis, de devancer le temps dans leurs spéculations radicales; mais les hommes pratiques devaient aider le progrès sans en franchir les degrés intermédiaires.

4. Que firent donc les deux hommes dont nous avons à étu-

dier l'influence? Cherchèrent-ils à proclamer dès l'abord un principe d'unité ou de vastes changements dans la législation? Ils firent mieux : ils préparèrent ces réformes; ils leur fournirent dans le présent un point de départ; ils dégagèrent des institutions du passé les matériaux qui devaient servir à l'édifice de l'avenir. Leur œuvre devait rester utile, soit que, par le lent progrès des années, le droit marchât d'un pas égal à sa perfection, soit que, par un changement soudain, il se trouvât jeté dans de nouvelles voies.

Que serait-il arrivé si, au lendemain de la Révolution, quand il fallait tout reconstruire, on se fût trouvé en présence de cette législation incohérente et indigeste des coutumes? si, pour guide dans la confection des lois nouvelles, on n'eût eu que les réclamations des publicistes en faveur de l'unité, de la justice absolue, de l'accord des lois avec les progrès de l'esprit humain? Quel code fût sorti de là? On aurait détruit le chaos pour y substituer le vide; on ne fut même pas loin de le faire. Les projets de code présentés à la Convention nationale, et qui constituaient un système complet et développé, prenant sa base dans les travaux du passé, furent d'abord repoussés par les législateurs. On ne voulait admettre que des règles vagues et générales, plus semblables à des oracles qu'à des lois.

Mais quand on reprit l'œuvre d'une façon plus sérieuse, le législateur fut préservé d'un tel abus par la possibilité d'emprunter au passé la plupart de ses règles, malgré la différence des institutions. A qui le devait-il? A ces puissants et industrieux génies, qui avaient déjà débrouillé le chaos des lois anciennes, ou du moins avaient distingué l'élément général du vieux droit français au milieu de ce qui était accidentel ou local; ils avaient donné un ordre logique, une cohésion systématique à tout ce qui en était susceptible, et, impuissants à détruire les diversités de détail, ils les avaient au moins rejetées au second plan.

Le nouveau législateur pouvait désormais accomplir son œuvre; il avait besoin de trouver les principes supérieurs et élémentaires qui devaient en former la base, non pas formulés ou développés par la méthode abstraite des philosophes, mais déjà mis en œuvre et prêts à figurer dans une œuvre pratique. Ce travail, on le trouvait préparé dans de nombreux ouvrages,

mais nulle part avec autant de perfection que dans ceux de Pothier et de d'Aguesseau.

5. Dans quelles circonstances s'étaient produits ces grands travaux? Quelles influences les avaient entravés ou secondés? Quelle avait été la part d'initiative et de puissance des deux esprits qui les avaient produits?

Pour bien préciser la portée de cette recherche, il importe d'examiner d'abord l'état de la législation positive et de la science du droit à l'époque où parurent d'Aguesseau et Pothier, c'est-à-dire au commencement et au milieu du dix-huitième siècle.

En même temps que l'état de la législation, il faudra étudier celui des esprits, les idées alors régnantes sur le principe et l'unité des lois, l'influence qu'eurent ces idées sur d'Aguesseau et Pothier, et il sera ensuite permis de rechercher par quels moyens ils manifestèrent l'un et l'autre leur influence.

CHAPITRE PREMIER.

ÉTAT GÉNÉRAL DE LA LÉGISLATION ET DE LA SCIENCE DU DROIT AU COMMENCEMENT DU DIX-HUITIÈME SIÈCLE.

6. Eléments de la législation à l'époque de d'Aguesseau et de Pothier ; droit romain ; coutumes ; ordonnances.
7. Quel était le droit commun de la France? Controverses.
8. Etat de la science du droit au dix-septième siècle. Domat.
9. Progrès de la législation ; stérilité de la science.
10. Les ordonnances de Louis XIV. Les arrêtistes. Ouvrages élémentaires sur le droit. Enseignement.

6. La première question à se poser ici, c'est de savoir quelles étaient les sources du droit à l'époque de Pothier et de d'Aguesseau. Les trois plus importantes étaient sans contredit : le *droit romain;* — les *coutumes;* — les *ordonnances des rois*. Nous ne parlons pas du *droit canonique*, qui réglait des matières toutes spéciales, et dont l'empire était circonscrit dans des limites assez bien déterminées.

Mais dans les trois éléments que nous signalons, et qui formaient le droit général, était-il bien facile de trouver un ensemble, un système unique et complet?

Les ordonnances, d'abord, ne traitaient que des points déta-

chés et touchaient moins, en général, aux principes intimes du droit privé qu'à la mise en œuvre du pouvoir judiciaire; elles avaient un caractère plus politique que civil. C'est un point sur lequel nous reviendrons en examinant l'œuvre du chancelier d'Aguesseau. Cependant les ordonnances avaient, au moins dans les derniers temps de la monarchie, un grand avantage sur les autres sources du droit : elles faisaient, la plupart du temps, une loi générale pour toute la France. L'antique résistance des parlements avait été à peu près étouffée par Louis XIV; et les lits de justice les avaient forcés à enregistrer et à rendre obligatoires par toute la France les ordonnances des rois; ils n'y opposaient plus qu'une force d'inertie, en s'abstenant de les appliquer autant qu'ils le pouvaient; mais, au moins, n'était-ce plus qu'une question de pratique, de temps et de direction administrative. Avec quelque changement des hommes et des habitudes, les ordonnances devaient fournir un point de départ assuré pour le progrès dans l'unité de législation.

Mais ce caractère d'unité se retrouvait-il dans les autres éléments de notre droit, dans le droit romain et les coutumes ? Ces deux législations ne pouvaient pas évidemment régner ensemble, en se complétant toujours l'une par l'autre : combien de leurs dispositions étaient non-seulement diverses, mais tout à fait opposées ! D'autre part, elles ne formaient pas non plus deux législations complètes chacune de leur côté, et dont les limites territoriales fussent parfaitement fixées. La distinction des pays de droit écrit et des pays coutumiers était vraie dans son ensemble : si on descendait dans les détails, on rencontrait une foule de difficultés.

Dans les pays de droit écrit eux-mêmes, il y avait des coutumes locales, des jurisprudences variables selon les parlements, qui modifiaient les principes généraux du droit romain. Le droit romain était d'ailleurs tombé en désuétude sur bien des points; la pratique, modifiée par les institutions féodales et par les ordonnances, soulevait nombre de questions qu'il n'avait pas prévues; enfin, malgré son système savant et complet, il offrait des lacunes que devait combler le droit coutumier, et il embarrassait parfois les déductions de la pratique par des subtilités dont le principe était dans des institutions disparues et qui n'avaient plus d'analogues.

Pour les coutumes, c'était bien pis encore : elles variaient de province à province, quelquefois de village à village. La distinction des coutumes générales et des coutumes locales était purement artificielle; toutes, générales ou locales, étaient incomplètes, passaient sous silence des points d'une importance majeure, ou se contredisaient mutuellement.

Que faire, sitôt qu'on sortait d'un texte précis? Il fallait ou compléter les coutumes par le droit romain, tout en leur conservant leur esprit général, ou, au contraire, les subordonner à ce même droit romain; car, les en isoler complétement était chose impossible. Mais, pour se décider à donner au droit romain un rôle secondaire ou dominant, il fallait prendre parti dans une question très-débattue, celle de savoir quel était le droit commun de la France.

7. Quel était donc ce droit commun au commencement du dix-huitième siècle? Quelles règles fallait-il suivre dans les cas si nombreux où les statuts locaux étaient muets, et qui comprenaient parfois des parties tout entières de la législation? La solution de ce problème n'était pas moins utile au législateur qu'au magistrat et au jurisconsulte, car le législateur ne peut, du jour au lendemain, déplacer la base même des lois; il s'exposerait ainsi à choquer bien des intérêts qu'il ne verrait pas, ou à introduire pour l'avenir des principes insuffisants et dangereux qui n'auraient pas subi le contrôle de l'expérience.

La question de savoir où se trouvait le droit commun de la France, où il fallait en chercher les principes élémentaires, avait été vivement controversée au seizième siècle. Cujas et son école avaient cru voir dans le droit romain la base de nos institutions juridiques. Dumoulin, par la puissance de son génie, avait dégagé du droit coutumier un système complet, ayant ses caractères propres et distincts, malgré la diversité apparente des détails; il y avait trouvé cachée l'unité qui éclatait dans les recueils de la jurisprudence romaine; il avait, en un mot, proclamé l'existence d'un droit national, formé sous des influences germaniques ou françaises, et qui ne devait pas chercher ses principes dominants dans une législation importée par l'étranger.

Le système de Dumoulin avait fini par triompher, au moins dans les pays de coutumes. Cependant, au dix-septième et au

dix-huitième siècles, on trouve encore des auteurs coutumiers, des partisans des coutumes locales, qui regardent le droit romain comme le droit commun de la France : on peut en voir la longue énumération dans la dissertation mise par Bretonnier en tête des œuvres d'Hemys. A plus forte raison, les romanistes refusaient de voir dans les coutumes un système, même à l'état virtuel, qui pût se suffire à lui-même et servir de base à la jurisprudence. A l'appui de leur prétention, ils pouvaient citer des arguments de toute sorte, tirés de l'histoire et du consentement unanime de presque tous les anciens auteurs. Ils triomphaient surtout devant l'incohérence de ces innombrables coutumes, leurs lacunes, leurs contradictions, leur silence sur les principes généraux du droit. Au contraire, ils montraient dans le droit romain un corps de doctrine, un ensemble de théories d'où l'on pouvait déduire toutes les applications, et auquel tous les rois, depuis Charles le Chauve jusqu'à Henri IV, avaient donné dans leurs ordonnances le titre de *droit commun*.

Écoutons maintenant les concessions que devaient faire les successeurs de Dumoulin, les partisans du droit coutumier. L'un des plus déclarés, Bourjon, dans la préface de son ouvrage sur le *droit commun de la France*, s'exprimait en ces termes :

« On regarde la Coutume de Paris comme une des coutumes les mieux rédigées. Cependant, comme les autres, *elle suppose une loi générale*, et, par suite de cette supposition, elle laisse ignorer les matières les plus importantes, même les principes capitaux de celles qu'elle comprend ; mais sa lettre conduisait à son esprit, et ce dernier ne laissait rien à désirer que d'être rendu sensible. »

Qu'est-ce à dire ? Que le droit commun de la France, dans son expression matérielle, n'a pas de formule générale ; qu'il ne se révèle que par des applications, des espèces, c'est-à-dire le plus souvent par des exceptions ; car, pour emprunter ici une idée des philosophes, toute application particulière est une dérivation d'un type, et elle y forme en même temps une exception, par cela seul qu'elle est d'une nature individuelle, impuissante à reproduire la généralité de son idée originaire. Or c'était précisément dans ces particularités, variables selon les coutumes, qu'il fallait reconnaître un esprit commun, une règle universelle. C'était par un ensemble d'exceptions qu'il fallait retrouver

le type de la législation coutumière : vaste travail d'induction et de généralisation auquel avaient à peine suffi la haute intelligence et la vie laborieuse de Dumoulin. Après ce travail seulement, l'auteur que nous avons cité pouvait ajouter :

« La Coutume de Paris, mise dans cet ordre et traitée par ces principes, sera aussi complète, aussi satisfaisante, par rapport à la régie des biens particuliers, que le droit romain ; la lumière et l'équité naturelle ne l'animeront pas moins. On y découvrira une politique sage par l'établissement de la communauté de biens entre conjoints par mariage, qui les conduit par l'intérêt à la paix domestique ; par l'établissement des propres, dont l'effet contribue à la splendeur de l'état, en conservant les biens dans les familles qui le composent. On y reconnaîtra que dans l'ordre de succéder, elle est plus conforme au penchant de la nature ; que dans les incapacités qu'elle établit, elle est plus salutaire que le droit romain, plus simple dans les actions, plus uniforme dans les prescriptions, plus prévoyante dans les effets de l'hypothèque et du douaire, plus humaine et plus égale dans la légitime, plus judicieuse dans les facultés de disposer, plus compatissante envers les malheureux dans les décrets et dans la dépossession de biens. »

Voilà par où les partisans du droit coutumier avait raison. Cet ensemble imposant d'institutions juridiques, complétement étrangères au droit romain, et si intimement assimilées aux mœurs de nos contrées qu'elles en étaient comme la vie journalière, cet ensemble, indiqué par quelques traits dans la coutume écrite, méritait, en effet, de les faire considérer comme le droit commun de la France et répondait victorieusement aux railleries des romanistes. Mais il y avait, il faut en convenir, dans les variations locales de ces institutions quelque chose de décourageant ; à côté du système général si longtemps contesté, se trouvaient des détails innombrables ; il fallait recourir dans la pratique à l'influence du droit romain, tout en la repoussant en théorie. Tout le résultat obtenu par l'école de Dumoulin était qu'on ne l'employât plus comme droit impératif, mais comme raison écrite et comme motif de décision.

Ferrière, dans son commentaire sur la Coutume de Paris, a assez bien marqué l'état définitif du droit. Après avoir démontré par l'autorité des ordonnances de Philippe le Hardi (1277), de

Philippe le Bel (1304), par celle de Dumoulin (sur la Coutume de Paris, n° 110), de Coquille, de Mornac (sur la loi 9, ff., *De justitia et jure*), de Leprestre (Centurie III, chap. LXXXV), etc., que les coutumes forment le droit commun de la France, il ajoute :

« On n'a égard au droit romain qu'en tant qu'il est conforme à la raison et à l'équité, et les juges s'en écartent quand ils le jugent à propos. Les coutumes de France sont le droit général de la France, non pas qu'une coutume ait autorité de loi dans une autre province.....; d'où il s'ensuit qu'on ne doit se servir d'une coutume voisine pour la décision d'une question, au défaut de la coutume des lieux, qu'en tant que sa décision se trouve très-juste et très-raisonnable, et plus conforme à l'inclination et aux mœurs des habitants de la province ; en sorte que si la disposition du droit romain se trouve plus juste, elle doit être préférée, sans obligation néanmoins. »

On voit combien d'arbitraire permettait un tel système d'éclectisme facultatif, combien il laissait à faire aux jurisconsultes pour extraire de la fusion rationnelle du droit romain et du droit coutumier une législation solide et homogène.

8. Jusqu'ici nous avons examiné l'ancien droit d'une façon abstraite dans ses sources principales, dans ses forces génératrices. Auprès des principes, il faut voir les faits, les progrès accomplis dans la législation, la doctrine et la jurisprudence. Nous avons expliqué comment la doctrine et la jurisprudence viennent compléter et faire progresser les lois, la première par une interprétation scientifique, la seconde par une application aux affaires de chaque jour.

Nous avons aussi indiqué pourquoi la jurisprudence échappe à l'analyse bien plus que la doctrine (car, si on peut fixer les époques après lesquelles on la voit en progrès, il est difficile de discerner si la jurisprudence a elle-même donné l'impulsion ou si elle a suivi des influences étrangères). Nous aurions pu faire dans la législation elle-même une distinction analogue : la coutume, comme la jurisprudence, échappe à l'analyse ; c'est une œuvre collective et non personnelle ; au contraire, dans les lois écrites, dans les ordonnances des anciens rois, dans nos codes, on peut mesurer l'intensité d'une action personnelle. Dans notre travail, nous aurons cette double étude d'une doctrine et

d'une législation personnelle, dont il sera facile de constater l'influence directe sur les contemporains et sur l'avenir.

Mais il faut, pour en bien faire saisir la portée, indiquer à quel point en était arrivée la science du droit, dans ses diverses manifestations, à l'époque de Pothier et de d'Aguesseau.

Une observation frappe l'esprit quand on étudie les derniers siècles de l'histoire du droit français. Après le grand mouvement qui se produit dans le seizième siècle et se prolonge pendant la première partie du dix-septième, on rencontre une stérilité relative dans la science du droit à la fin du dix-septième siècle.

Après les grands travaux des écoles de Cujas et de Dumoulin, dont les commentaires et les traités ont éclairé toutes les parties du droit, on ne trouve plus que des noms obscurs. Le seul qui domine encore la science est celui de Domat.

Domat, philosophe autant que jurisconsulte, conçut la pensée de rattacher l'unité du droit à l'unité de la justice absolue, et de retrouver les principes des institutions civiles dans ceux de la morale. Il dut rechercher, dans chacun des détails de notre ancienne législation, la raison philosophique qui pouvait le motiver, les principes généraux auxquels il fallait le subordonner; et comme résultat, dans la vaste synthèse de son *Traité des lois civiles*, il présenta tout l'ensemble du droit dans un ordre méthodique et comme dans une série de déductions rationnelles. Sous sa main, les coutumes, le droit romain, les ordonnances, tout se fond dans un harmonieux ensemble et se déduit d'un ordre de principes plus élevé. Les diversités qui séparent les coutumes, et qui d'abord pourraient sembler l'objet principal des études juridiques, parce qu'elles occupent plus de place dans les textes, sont au contraire reléguées sur un plan secondaire. La première place est réservée à ce droit général, sous-entendu par les lois positives, et qui en forme la base solide et cachée.

Tel est le plan de Domat. Essentiellement dogmatique, il n'a rien du commentaire, qui s'attache au texte pour en pénétrer la lettre et l'esprit, qui n'a recours aux principes généraux que d'une façon accessoire. De là une grande supériorité pour la méthode dogmatique, mais quelquefois aussi un désavantage. La science du droit a besoin de précision dans ses moindres détails; or, dans le travail de rapprochement et de généralisa-

tion que suppose la méthode dogmatique, bien des points accessoires peuvent échapper au jurisconsulte le plus consommé; le détail perdra ainsi ce que gagnera l'ensemble, et l'étendue de la science pourra nuire à sa sûreté. Combien ce danger était-il plus grand encore dans l'état où Domat trouvait la législation de son temps! Aujourd'hui que nous avons des textes précis, uniformes, complets, le jurisconsulte qui les possède peut impunément aborder la méthode dogmatique : lors même qu'il paraîtra le plus éloigné du plan de la loi, il sera soutenu par la nécessité de s'accorder avec le texte. A l'époque de Domat, c'était autre chose : il fallait dégager et ramener dans un ordre naturel des principes confondus, entremêlés, parfois incertains, et presque créer la science en même temps que l'ordonner.

Il fallut donc à Domat un talent supérieur pour mériter l'éloge de Boileau, qui le remerciait « de lui avoir montré le premier un plan et une sagesse cachés dans la science du droit, » et pour obtenir en même temps les suffrages des jurisconsultes par l'exactitude de ses décisions. Si on peut lui reprocher quelques inconvénients presque inséparables de la nouveauté et de la grandeur de son entreprise, un peu de vague parfois dans la doctrine ou dans les expressions, des opinions un peu aventurées et en désaccord avec la pratique, une tendance à se rapprocher trop souvent du droit romain, qui offre des matériaux mieux préparés, et à sacrifier le droit coutumier, son *Traité des lois civiles* n'en reste pas moins l'œuvre d'un esprit puissant et d'un vrai jurisconsulte.

9. En même temps que cette œuvre était un monument et un résumé de la science déjà acquise, elle devait être aussi un point de départ. Dans les sentiers aplanis de la science, on devait s'attendre à voir apparaître de nouveaux explorateurs qui pousseraient plus avant encore : on pouvait déjà espérer Pothier. Cependant un long silence le sépare de Domat. On ne trouve dans l'intervalle que deux ou trois bons jurisconsultes, et encore sans originalité. Ce sont des commentateurs ou des auteurs de traités spéciaux.

C'est qu'un autre travail est en voie d'accomplissement. Deux faits dominent le droit pendant la seconde partie du dix-septième siècle : des ordonnances nouvelles et des recueils d'arrêts. Ce double mouvement, qui a pris naissance au com-

mencement du siècle, devient surtout remarquable dans la deuxième partie, au milieu de la stérilité presque générale.

Apprécions en peu de mots le rôle de ces deux sources du droit, et l'état de choses qui en était résulté.

Quel était le but et la tendance générale des ordonnances royales au dix-septième siècle ? Était-ce, comme dans plusieurs ordonnances du siècle précédent, le règlement des matières de droit civil ? Non. L'on trouve sans doute, dans les ordonnances de Louis XIII et de Louis XIV, nombre de dispositions sur le droit civil ; mais la tendance en est surtout politique et administrative.

La grande ordonnance de 1629 (Code Michaud) avait eu pour but principal d'établir le pouvoir royal au-dessus de tous les pouvoirs locaux, de ramener les municipalités à l'organisation de celle de Paris, de régler uniformément l'administration de la justice, etc. On y trouvait bien aussi quelques dispositions sur le droit maritime et commercial, qu'on voulait ramener à l'unité ; mais c'est là une matière qui, à cette époque surtout, touchait à l'ordre politique et à l'économie générale du pays presque autant qu'aux intérêts privés.

Le Code Michaud tomba en discrédit et ne fut pas exécuté ; mais l'esprit qui l'avait dicté se réveilla sous Louis XIV : la souveraineté du pouvoir royal, l'unité dans la direction à donner à la conduite des intérêts généraux, tel fut le but des ordonnances de Louis XIV.

L'ordonnance de la procédure civile (1667), celle de l'instruction criminelle (1670), celle du commerce (1673), celle de la marine (1681), ne furent en réalité que de grands règlements d'administration publique.

Cependant, par une conséquence nécessaire, le droit privé s'acheminait vers l'unité. Ce point est évident pour les ordonnances du commerce et de la marine, dont le caractère mixte s'appliquait aux intérêts publics et privés. Les ordonnances sur la procédure civile et l'instruction criminelle préparaient aussi l'unité, en accoutumant les tribunaux à recevoir du pouvoir central des inspirations et des lois, à renoncer peu à peu à ces diversités qui donnaient à chaque corps judiciaire sa physionomie particulière.

L'unité nationale était ainsi parvenue à se faire jour dans la

législation, et la Révolution, en supprimant les parlements pour établir une justice unique et centralisée, ne fit qu'achever l'œuvre commencée sous Louis XIII et Louis XIV.

Les changements introduits par les ordonnances étaient peut-être une des causes de la stérilité de la doctrine. La théorie du droit, pour acquérir son entier développement, a besoin d'être mûrie par le temps, éclairée par la pratique; les commentaires qui suivent de près une loi nouvelle ont, en général, un caractère éphémère et transitoire; d'ailleurs, la discussion est quelquefois nécessaire à la science; or les lois nouvelles n'en sont guère susceptibles, et tous les législateurs sont un peu comme Justinien : ils ont la prétention d'épuiser leur sujet et de ne rien laisser au commentaire.

L'activité, momentanément bannie de la doctrine, s'était réfugiée dans les recueils de jurisprudence. « Il paraît, dit Fournel, que le goût dominant des jurisconsultes de cette époque se tourna vers les compilations d'arrêts et les recueils de plaidoyers. C'est dans ce siècle qu'on trouve cette foule d'arrêtistes qui encombrent les bibliothèques de jurisprudence, tels que ceux-ci :

« 1602, Monluc. — 1602, Chenu. — 1602, Charier, sur Guy-Pape. — 1606, Duvair. — 1612, Barnabé Levert. — 1617, de Larocheflavin. — 1618, Maynard. — 1629, recueil de Néron et Giraud. — 1622, Bellordeau. — 1625, Anne Robert. — 1628, Bouvet. — 1628, Jacques Corbin (Code Louis XIII). — 1630, Laurent Boucheul. — 1631, Tournet. — 1631, Filleau. — 1636, Expilly. — 1643, Louet (depuis allongé par Brodeau). — 1645, Leprestre. — 1646, Dolive. — 1647, Bouguier. — 1654, Dufail. — 1664, Catelan. — 1668, Guy-Baxel. — 1669, Desmaisons. — 1670, Boniface. — 1672, *Journal du Palais*. — 1675, La Peyrière. — 1680, *Journal des Audiences*. — 1681, Cambolas. — 1682, Soëfve. — 1684, Frouin. — 1686, Albert. — 1692, Laville. » Et la liste se continue encore pendant le dix-huitième siècle.

Cette prédominance de la jurisprudence, qui apparaît à certaines époques comme un hommage rendu à l'autorité, est un signe du progrès dans les décisions judiciaires; elle montre qu'elles obéissent à des règles plus fixes et peuvent prendre place dans la science, et au besoin les suppléer.

10. Les quelques ouvrages qu'on voyait à la même époque, en dehors des recueils de jurisprudence, s'en rapprochaient par un côté, par le caractère pratique. Les études de droit n'étaient pas éteintes, mais n'avaient plus un objet aussi élevé qu'au siècle précédent. Alors se produisent des ouvrages aujourd'hui oubliés, de véritables manuels ou abrégés, qui prennent volontiers le nom de *pratique, praticien*. Ce sont quelquefois des commentaires des ordonnances de Louis XIV; d'autres fois, des résumés, des éléments du droit. Ces ouvrages ont leurs mérites : ils sont facilement maniables, initient rapidement aux principes fondamentaux et suffisent pour la pratique. Dans la même catégorie se placent les *Institutes*, petits traités à l'usage des écoles, dont Loysel avait donné le modèle au seizième siècle. D'Aguesseau lui-même, indiquant à son fils les ouvrages qui lui seront utiles pour préparer sa thèse, lui recommande, pour une étude préliminaire et un peu superficielle, les *Règles* de Loysel, et les *Institutes* de d'Argout.

Pourquoi ces ouvrages sont-ils oubliés? Ils étaient clairs et usuels, comme ceux de Domat et de Pothier; mais leur vice est dans leur brièveté, qui ne leur permet pas d'aborder à la fois la région des principes et celle de la pratique. Ils doivent disparaître dès que la législation a changé.

Si les études de droit, malgré leur stérilité générale, trouvaient encore quelque aliment dans les ouvrages de doctrine et de jurisprudence, l'*enseignement*, ce premier instrument de la propagation des connaissances, était loin d'atteindre même à cette hauteur relative. Voici ce que dit sur ce point un judicieux biographe de Pothier, Letrosne :

« Les professeurs qui occupaient alors les chaires de l'Université, absolument indifférents au progrès des jeunes gens, se contentaient de leur dicter quelques leçons inintelligibles et qu'ils ne daignaient pas mettre à leur portée. Ce n'était pas proprement la science du droit qu'ils enseignaient; ils ne présentaient de cette science que ces épines et ces contrariétés qui lui sont étrangères, et qui n'y ont été introduites que par la mauvaise foi et l'incapacité des rédacteurs des *Pandectes*. Au lieu d'expliquer les textes d'une manière propre à instruire, ils ne remplissaient leurs leçons que de ces questions subtiles inventées et multipliées par les controversistes. »

Tel était, dans ses traits principaux, l'état de la science du droit à l'époque où parurent Pothier et d'Aguesseau : la législation en progrès, mais plutôt au point de vue de l'administration qu'à celui du droit privé; la doctrine presque stérile depuis Domat; la jurisprudence en honneur; l'enseignement abaissé : mais, partout, le terrain assez bien préparé pour recevoir les germes d'une science plus parfaite.

CHAPITRE II.

DES IDÉES DU DIX-HUITIÈME SIÈCLE SUR L'UNITÉ ET LES PRINCIPES DE LA LÉGISLATION, ET DE LA PART QU'Y EURENT POTHIER ET D'AGUESSEAU.

11. Théories philosophiques du dix-huitième siècle sur les principes du droit.
12. Unité de législation. Idée politique.
13. Vues particulières de d'Aguesseau sur les principes et l'unité de la législation.
14. Inspirations suivies par Pothier.
15. Position spéciale de Pothier et de d'Aguesseau au milieu de leur siècle.
16. Résumé. Transition.

11. A côté de l'état du droit existant, il faut voir l'état des idées : c'est le germe des progrès futurs. L'avenir est dans le présent, comme le présent dans le passé.

Le dix-huitième siècle fut une époque de lutte. Il prépara la révolution qui changea les bases de la société civile; il devait donc mettre au jour des idées nouvelles sur le droit, qui est la vie même des sociétés.

La recherche des principes de la législation, la question de l'unité des lois, furent alors deux objets qui attirèrent tous les esprits. Nous avons précisément en face de nous deux hommes qui ont à la fois contribué au perfectionnement des principes de la législation et à l'avénement de son unité. Il faut donc chercher en quoi ils ont pu subir l'influence des idées de leur temps sur les deux points qui nous occupent; en quoi ils ont pu servir ces idées; en quoi, au contraire, ils s'en séparaient.

Aux projets de réforme législative de cette époque on voit

une double origine : d'une part, ce sont les *doctrines philosophiques*, d'autre part, les *idées politiques*. Elles se contredisaient souvent, mais aussi se rapprochaient sur le terrain de la pratique.

Quant aux *doctrines philosophiques*, elles avaient pour fondement la critique, la négation de l'autorité. L'homme, d'après la philosophie nouvelle, doit marcher seul, sans autre guide ni autre maître que sa raison, dans la découverte de la vérité. Il doit faire abstraction de toute connaissance qu'il n'ait pas trouvée, de toute autorité qu'il n'ait pas créée avec ses propres forces. Ni vérité, ni loi révélée. Aucune religion, aucune tradition séculaire ne peuvent servir de consécration à une proposition ni à une institution : toutes doivent subir le contrôle de l'examen, comme s'il fallait les établir à nouveau et avec les forces actuellement agissantes. Or, parmi ces forces, la philosophie refuse de voir aucune autre autorité que la puissance et la raison humaines, toujours égales à elles-mêmes, et l'action inintelligente et immuable des lois naturelles; elle en conclut qu'il n'a jamais existé d'autre autorité. L'homme est donc né sans lois. Celles qu'il a, il se les est faites à lui-même; il n'a pu les recevoir d'une puissance supérieure, à moins que ce ne soit la force ou la ruse de ses semblables. Conséquemment, si celui qui les a imposées ou qui en a profité cesse d'être le plus fort ou le plus rusé, ses lois restent sans fondement; elles ne sauraient se soutenir par leur autorité propre, ou comme appuyées sur une loi supérieure et invisible.

La philosophie nouvelle conclut-elle de là à la destruction totale de la loi positive ? Non, sans doute; elle se contente de la dépouiller de son prestige, de lui refuser le caractère de représentation d'un principe supérieur. La loi reste, mais en tant que création humaine. Et comme les hommes, dans leurs rapports mutuels, n'ont d'autre supériorité les uns sur les autres que la force ou l'intelligence individuelle, comme aucun d'eux ne peut se prévaloir d'une mission particulière ou d'un pouvoir surnaturel, la loi n'aura d'autre autorité que celle des personnes qui l'auront inventée ou acceptée. Telle est l'idée fondamentale du dix-huitième siècle sur la loi. Cette idée n'est pas d'origine française; elle avait pris naissance chez les philosophes anglais; et elle est très-digne de cette nation pratique qui n'est pas dupe

de son respect pour ses propres institutions; car elle sait fort bien qu'elle les a faites elle-même, sans autre inspiration que son unique avantage, et que les honneurs dont elle les entoure sont simplement une approbation de son propre ouvrage et un moyen de le consolider.

La loi, le droit étaient donc considérés comme l'œuvre des individus; mais ce droit de création humaine, seul reconnu par le dix-huitième siècle, quel caractère fallait-il y chercher? A quel signe le reconnaître? Ici les philosophes se divisaient. Pour les uns, le signe distinctif du droit, c'était uniquement la *force* actuelle : telle avait du moins été la théorie brutale de Hobbes, restée à peu près sans écho en France. Pour d'autres, c'était un *contrat*, exprès ou tacite, qui avait présidé à la formation des sociétés, et dans lequel le premier acte de chaque volonté individuelle avait été d'abdiquer au profit de la majorité. Pour le plus grand nombre enfin, le droit avait pour caractère et pour fondement l'*utilité;* il était simplement l'ensemble des moyens imaginés par l'homme pour rendre le plus avantageuses possibles ses relations avec ses semblables. « *Conservation* et *tranquillité*, disait Filangieri en tête de sa *Science de la législation*, tel est l'objet unique de la législation. »

Toutes ces théories avaient un caractère commun. Elles prenaient pour point de départ l'humanité actuelle; elles ne faisaient pas du droit quelque chose d'extérieur, existant *per se*, en vertu d'une révélation ou même d'une idée du devoir; elles l'appuyaient sur le droit concret de l'individu et le présentaient à l'homme comme un but matériel à atteindre, une satisfaction d'intérêts à s'assurer. L'hypothèse nécessaire de ce système, c'était l'égalité naturelle des hommes, puisque la formation de l'autorité parmi eux était présentée comme une œuvre humaine et factice. En même temps, montrer à chacun qu'il avait qualité pour faire et défaire le droit, sans autre préoccupation et sans autre but que son intérêt limité par celui d'autrui, c'était donner à l'idée de justice un levier puissant, c'était intéresser et passionner tout le monde pour cette idée, sitôt que les lois ou les décisions judiciaires frappaient à tort une classe ou un individu : tous se sentaient solidaires dans la réunion d'intérêts qui forme la société humaine.

Aussi jamais, malgré l'égoïsme de ces temps, ne vit-on

pareille ardeur pour la justice et l'humanité; jamais l'iniquité fondée sur le préjugé ne fut plus énergiquement réprouvée.

Ce système de philosophie réclamait naturellement la réforme d'une législation faite dans un tout autre esprit, sous l'inspiration d'un principe d'autorité. Néanmoins, dans le plan de cette réforme, il y avait des points sur lesquels les théories nouvelles pouvaient facilement s'accorder avec les anciennes, c'étaient ceux qui, sans toucher à la constitution de l'Etat, reposaient sur des besoins économiques et sur le règlement le plus avantageux des rapports des particuliers. Le droit privé était ce terrain neutre où tout le monde pouvait se rencontrer dans la recherche du bonheur des hommes; l'éveil des idées économiques, secondé par la philosophie, devait donner à la législation une favorable impulsion.

12. Il en devait être à peu près de même dans la question de l'unité de législation. La théorie philosophique, qui cherchait dans l'utilité de l'homme le principe du droit, réclamait une législation appropriée aux individus et aussi uniforme que leurs besoins; mais elle n'allait pas jusqu'à l'unité absolue. Ce que dit à ce sujet Montesquieu est remarquable. Comme philosophe, sa théorie favorite était l'influence de la diversité des climats sur le tempérament et, par conséquent, sur les lois. Comme magistrat, il avait le sens pratique des difficultés que soulèverait l'unification des lois. « Il y a, disait-il, de certaines idées d'uniformité qui saisissent quelquefois les grands esprits (car elles ont touché Charlemagne), mais qui frappent infailliblement les petits. Ils y trouvent un genre de perfection qu'ils reconnaissent, parce qu'il est impossible de ne pas le découvrir : les mêmes poids dans la police, les mêmes mesures dans le commerce, les mêmes lois dans l'état, la même religion dans toutes ses parties. Mais cela est-il toujours à propos, sans exception? Le mal de changer est-il toujours moins grand que le mal de souffrir? Et la grandeur du génie ne consisterait-elle pas mieux à savoir dans quel cas il faut l'uniformité et dans quel cas il faut des différences?... Lorsque les citoyens suivent les lois, qu'importe qu'ils suivent la même? » Voltaire reconnaissait également la diversité des lois nécessaire selon la diversité des lieux.

Mais, au point de vue de l'utilité, l'unité n'en était pas moins réclamée dans des limites plus restreintes. L'incohérence de

notre ancienne législation frappait tous les yeux. On y voyait une source d'obscurité et d'arbitraire, en même temps qu'on regardait la certitude comme la première condition d'une bonne législation. Voltaire n'épargnait point ses railleries à des lois dont un voyageur, en France, changeait aussi souvent que de chevaux de poste.

La même idée était reproduite dans l'*Encyclopédie*, v° Lois :

« Ne serait-il pas plus naturel que chaque Etat se fût fait des lois particulières et nationales, qu'il fût gouverné par ses propres lois, et qu'il n'y eût dans toute la monarchie qu'une règle uniforme? Il y a trop peu et trop de lois en France : il y en a trop peu, parce que les Français se servent des lois étrangères en plusieurs cas; il y en a trop, parce que chaque province, chaque canton, et souvent chaque ville a ses usages particuliers; chaque coutume a ses commentateurs, et chaque livre de droit ses gloses... Qu'est-ce qu'une loi dont la justice locale et dont l'autorité bornée, tantôt par une montagne, tantôt par un ruisseau, s'évanouit, parmi les sujets d'un même Etat, pour quiconque passe le ruisseau ou la montagne ? »

Les doctrines philosophiques se trouvaient sur ce point d'accord avec l'*idée politique* qui guidait les hommes d'Etat de la royauté. Leur but constant avait été d'établir l'unité nationale sous la domination souveraine des rois. Presque nécessairement, l'uniformité des lois leur apparaissait dans l'avenir comme l'entreprise où s'achèverait leur œuvre. « L'unité de législation, disait Colbert à Louis XIV, serait assurément un dessein digne de la grandeur de Votre Majesté, et qui lui attirerait un abîme de bénédictions et de gloire. » Lamoignon avait secondé ce mouvement de tout son zèle et de tout son talent, notamment dans la préparation de l'ordonnance de 1669.

Comme la philosophie du dix-huitième siècle n'attaquait point le principe de la royauté, ou tout au moins la jugeait assez solide pour défier ses attaques, elle cherchait seulement à en faire l'instrument des réformes qu'elle sollicitait; et ainsi, elles conspiraient ensemble pour l'unité de législation, de même que pour beaucoup de réformes de détail. La grandeur de la France et la prospérité des habitants étaient le but commun des hommes d'Etat, des philosophes et des économistes.

13. Jusqu'à quel point Pothier et d'Aguesseau entrèrent-ils dans le mouvement général ?

On peut dire tout d'abord qu'ils répudiaient les doctrines de la philosophie nouvelle sur les principes mêmes du droit. Ils se rattachaient tous deux aux traditions du dix-septième siècle, aux idées de foi et d'autorité. Tous deux étaient disciples de Domat, et ils avaient accepté la formule de ce jurisconsulte formé à l'école de la religion :

« On ne peut prendre une voie plus sûre et plus simple pour découvrir les premiers principes des lois, qu'en supposant deux premières vérités qui ne sont que de simples définitions :

« L'une, que les lois de l'homme ne sont autre chose que les règles de sa conduite;

« Et l'autre, que cette conduite n'est autre chose que la démarche de l'homme vers sa fin. »

Comme conséquence de ces principes, Domat ajoutait que les païens n'avaient pu avoir la connaissance du droit, tant il le rattachait étroitement à la religion !

Moins absolues peut-être, les doctrines de d'Aguesseau et de Pothier étaient de la même nature. Quant à d'Aguesseau, on en trouve dans ses œuvres vingt exemples :

« Tout devient flottant et incertain dans la morale, disait-il, s'il n'y a pas une règle naturelle, immuable, antérieure à toutes les institutions positives, laquelle sépare le juste de l'injuste. Ebranler ce premier principe, c'est fournir des armes à l'impiété, attaquer l'existence de Dieu, ou en défigurer l'idée. Les lois positives ne peuvent tenir lieu de cette justice primitive et éternelle, qui en est l'exemplaire et le fondement. Ce n'est pas non plus dans le désir naturel de sa conservation ou de son bien-être que l'homme peut trouver une règle sûre, capable de le conduire à travers les écueils et les périls jusqu'à sa véritable destination. Il n'y a qu'une justice naturelle, antérieure à toutes les institutions positives, qui puisse donner la véritable mesure de nos devoirs et une notion juste des vertus et des vices. »

De cette constance du droit naturel, d'Aguesseau est entraîné vers celle du droit positif, qui en doit être le reflet. Par cette vue d'un droit invariable, établi dans une région supérieure, il s'élève à une unité bien plus complète que les philosophes qui l'entourent : l'unité du droit universel, et non pas seulement

l'unité du droit français. Dans la pratique, il est de plus animé par l'idée politique qui avait inspiré ses prédécesseurs; il la poursuit avec persévérance. Malgré tout pourtant, il va moins loin que les projets de réforme qui s'agitent autour de lui, car il se trouve en face des difficultés d'exécution, et il en connaît toute la portée.

Ses grandes ordonnances sont consacrées à remplir les différentes parties d'un cadre où devait enfin se trouver réuni tout l'ensemble du droit, comme dans un véritable corps de lois. Les donations, les testaments, les substitutions, les hypothèques, les diverses prescriptions, le prêt à intérêt, les rentes, les cessions de droits litigieux, la tutelle, la puissance paternelle, etc., l'avaient successivement préoccupé. Outre les ordonnances qui ont réglé les premiers de ces points, et que tout le monde connaît, on trouve à la Bibliothèque impériale la plupart des ébauches des autres projets de lois parmi les manuscrits de d'Aguesseau.

L'idée d'un vaste corps de lois uniformes se retrouve dans le préambule de l'ordonnance des donations, de 1731, où d'Aguesseau fait ainsi parler le prince :

« La justice devrait être aussi uniforme dans ses jugements que la loi est une dans ses dispositions, et ne pas dépendre de la différence des temps et des lieux, comme elle fait gloire d'ignorer celle des personnes. Tel a été l'esprit de tous les législateurs; il n'est point de lois qui ne renferment le vœu de la perpétuité et de l'uniformité, etc.

« Nous aurions pu la faire cesser (la diversité de jurisprudence) avec plus d'éclat et de satisfaction pour nous, si nous eussions différé de faire publier le corps des lois qui seront faites dans cette vue jusqu'à ce que toutes les parties d'un projet si important eussent été achevées; mais l'utilité qu'on doit attendre de la perfection de cet ouvrage ne saurait être aussi prompte que nous le désirerions, etc. »

Les tendances de d'Aguesseau vers l'unité, quelque prononcées qu'elles fussent, n'étaient donc pas empreintes de l'esprit d'impatience qui animait son époque. En marge d'un projet qui lui fut adressé, en 1731, par un jurisconsulte de Bourgogne, Vaucher, afin d'établir une seule coutume pour tout le royaume,

d'Aguesseau a mis en note : « Dessein trop vaste, et qu'on ne peut exécuter, du moins, que par parties. »

Cette exécution par parties fut la constante occupation de sa vie. Si elle n'était pas plus avancée à sa mort, il faut l'attribuer à la maturité qu'il apportait dans chacune de ses réformes, et qui n'en a laissé aucune infructueuse.

14. Quant à Pothier, ses principes et ses aspirations ne se formulent pas avec autant d'énergie. Il ne fait pas de profession de foi ; mais son caractère et ses écrits y suppléent facilement. Toujours inspiré par la morale, par l'amour de la justice et de l'équité, il n'avance rien que puisse désavouer la conscience la plus austère. Dans les premières années, il avait mêlé à l'étude du droit celle de la théologie ; et, soit qu'il y eût puisé les principes rigoureux du jansénisme, soit plutôt qu'il fût resté fidèle à l'orthodoxie la plus scrupuleuse, cette éducation devait réagir sur ses écrits comme sur sa vie privée.

Souvent on voit revenir dans ses ouvrages des discussions empruntées aux Pères de l'Eglise ou aux casuistes plus modernes. Il se préoccupe avant tout de faire accorder ses décisions avec celles de la morale religieuse. On a trouvé des traces de ces préoccupations naïves dans sa correspondance, par exemple, une lettre à l'abbé Guyot, pour le rassurer sur la liberté qu'il avait prise, dans son *Traité des cheptels*, de contredire « deux auteurs célèbres, dont l'un est l'auteur de la *Théologie morale*, de Grenoble. »

Tel était l'esprit de Pothier ; consciencieux, scrupuleux, il ne pouvait chercher dans le droit que le développement des règles uniformes de la morale.

Dans la question d'unité de législation, ses opinions sont aussi certaines ; l'expression en est aussi réservée. Borné dans son rôle de professeur et de magistrat, il ne vise point à être un publiciste ou un homme d'Etat. Il admire seulement l'unité où il la trouve, dans le droit romain ; il s'attache à la faire ressortir là où elle existe d'une façon cachée, dans une grande partie du droit français.

C'est l'amour de l'unité qui lui a inspiré, dans la préface de son travail sur les *Pandectes*, cet éloge du droit romain :

« Outre que le droit écrit régit la moitié du royaume, qu'y a-t-il dans les autres parties de notre droit qui ne dépende pas

du droit romain?... Ajoutez que les coutumes, les ordonnances, les arrêts de parlements et les autres sources du droit français ne renferment que des règles particulières sur des espèces pour ainsi dire infinies. De là, si on peut le dire, des principes flottants, qui ne sont suffisamment rattachés par aucun lien, qui chargent la mémoire comme de simples énumérations de faits, et n'offrent aucune méthode sûre et suivie, aucune science solide, si on ne les relie par un procédé artificiel; ce procédé, on ne peut le chercher que dans les livres de la sagesse romaine. »

Puis, après avoir attribué à l'étude de la méthode romaine la supériorité des travaux scientifiques de Dumoulin, de d'Argentré, de Loysel, sur le droit français, il ajoute:

« Mais, au contraire, dans les ennuyeux volumes de tant de praticiens sur ce même droit national, où ne brille aucune étincelle de la sagesse romaine, que trouve-t-on? Un droit sans principes, sans lien, sans unité, formé au hasard d'un amas de décisions incohérentes, d'une pratique journalière dans ce qu'elle a de moins relevé, d'arrêts de parlements entassés à profusion et souvent contradictoires, qui vient étourdir l'esprit du lecteur incertain..... J'oserais affirmer volontiers, malgré les murmures d'une foule ignorante, qu'après les livres saints, il n'y a rien de plus utile pour le gouvernement de la société humaine que ce divin ouvrage des *Pandectes*. »

Cette tendance se retrouve dans le plan même des ouvrages de Pothier, dont le signe caractéristique est la généralisation. Il s'éloigne de la méthode des commentateurs, qui, attachés au texte d'une coutume ou d'une ordonnance, en remarquent surtout les détails, c'est-à-dire ce qui produit les différences, et relèguent au second plan les idées générales. Pothier, au contraire, groupe ses démonstrations autour des principes communs reconnus par toutes les coutumes; il montre par là que la diversité n'est que dans des détails secondaires, et il fait plus pour l'unité que ceux qui, dans une pensée de réforme, exagèrent la diversité pour en montrer les abus. Il apporte dans le conflit des lois la politique de conciliation.

15. Le caractère commun de Pothier et de d'Aguesseau se trouve ainsi dans le progrès par la conciliation. Entre un passé plein de résistances et un avenir plein de tentations, ils ne

cédèrent ni aux unes ni aux autres. Ils s'écartèrent de leurs contemporains en deux points : ils n'en acceptèrent pas les doctrines sur le fondement des lois; ils eurent un sentiment plus vif des difficultés pratiques. Mais ils acceptèrent presque toutes les idées justes qui se produisirent; ils surent s'aider des progrès déjà accomplis et préparer à l'avenir des matériaux solides. Sans trop oser, sans jamais se décourager, ils donnèrent à leurs travaux toute leur vie, et pas un de ces travaux ne fut inutile.

Là où ils ne pouvaient aider le progrès, ils ne servirent pas du moins la réaction; il est à remarquer qu'ils reléguèrent au second plan de leurs travaux l'étude des institutions juridiques destinées à tomber, l'état des personnes, le système des successions, les droits féodaux. Par leur silence même, ils restèrent dans l'esprit du siècle et dans la voie du perfectionnement.

16. Jusqu'ici nous n'avons pas séparé Pothier et d'Aguesseau : leur point de départ et leur but étaient les mêmes. Mais, entrés dans la vie sous des auspices différents, ils devaient porter dans des directions diverses leurs communes inspirations.

D'Aguesseau fut homme d'Etat et législateur; Pothier resta jurisconsulte.

De cette diversité de position résultait une différence dans l'ordre même de leurs travaux. Le jurisconsulte, ayant à s'appuyer sur la législation déjà existante, devait chercher le progrès et l'unité, là où ils existaient virtuellement, dans les parties de la législation auxquelles il ne manquait que d'être classées et exposées méthodiquement; le législateur devait introduire l'unité et le progrès dans des matières où on ne les trouvait pas. Le premier avait besoin d'un travail plus patient, d'un esprit de généralisation plus énergique; le second, d'une initiative plus grande, d'une appréciation plus délicate des difficultés pratiques. Le premier devait creuser les principes, approfondir la science dans ses origines; le second, se tenir sur la limite des choses, s'adresser à des détails plus superficiels, à des questions de temps et d'opportunité. Ils devaient, en un mot, se compléter l'un par l'autre.

Nous retrouverons quelquefois leurs noms réunis; mais la nature même de leur œuvre nous commande de les séparer maintenant. Nous étudierons d'abord d'Aguesseau, le premier dans l'ordre chronologique, auquel Pothier lui-même dut beaucoup;

nous le verrons s'aider à la fois, dans ses travaux législatifs, d'un grand talent d'administrateur et d'une vraie science de jurisconsulte. Dans Pothier, nous trouverons un ensemble de travaux qui embrassent presque tout le droit civil actuel. Enfin, pour mieux faire sentir leur influence, nous les mettrons en présence de leurs contemporains et des rédacteurs du Code civil; nous constaterons dans notre droit actuel les parties qui sont empruntées à leur œuvre, celles, au contraire, qui se sont formées sous d'autres influences.

CHAPITRE III.

LE CHANCELIER D'AGUESSEAU.

17. Aperçu général sur la vie et les travaux de d'Aguesseau.
18. Influence que lui donnait sa position de grand chancelier en dehors de son action législative proprement dite.
19. Les ordonnances.
20. Ordonnance de 1731 sur les donations.
21. Ordonnance de 1735 sur les testaments.
22. Ordonnance de 1747 sur les substitutions.
23. Ordonnance de 1749 sur les biens des établissements de mainmorte.
24. Influence de d'Aguesseau sur les jurisconsultes Sallé, Furgole, Pothier.

17. D'Aguesseau fut appelé par sa naissance même, pour ainsi dire, aux fonctions de la magistrature. Il devait y apporter, avec un esprit plein de réflexion et de maturité, avec de profondes études juridiques, un dévouement à la royauté consacré par les traditions de sa famille, mais aussi une honnêteté, une dignité de caractère, éloignées de toute complaisance honteuse.

En 1690, à peine âgé de vingt et un ans, il était avocat général, et l'éclat de ses débuts arrachait au célèbre Denis Talon, alors président à mortier, cette exclamation : « Je voudrais finir comme ce jeune homme a commencé ! »

Quoique l'œuvre de d'Aguesseau, comme avocat général, c'est-à-dire comme jurisconsulte orateur, n'ait pu laisser des traces aussi profondes que son œuvre de législateur, on peut encore y signaler, au point de vue de la science juridique, des solutions remarquables sur des questions nouvelles, des démonstrations claires et méthodiques. Au point de vue littéraire,

on y trouve un style noble et soutenu, emprunté aux traditions du dix-septième siècle : c'est la perfection du genre académique.

« Il suffisait, disent ses biographes, à une multitude d'affaires, les traitait toutes à fond, et souvent il découvrait des lois, des pièces ou des raisons décisives qui avaient échappé aux défenseurs des parties. Il réunissait à l'érudition l'ordre et la clarté des idées, la force du raisonnement et l'éloquence la plus brillante, ce qui aurait fait croire que chacun de ses plaidoyers était le fruit d'une longue préparation. Cependant il n'en écrivait ordinairement que le plan, et réservait le travail d'une composition exacte pour les grandes causes ou pour les réquisitoires qu'il fit lorsqu'il fut devenu premier avocat général, et dont quelques-uns ont été imprimés dans le temps même. »

Plus tard, devenu procureur général, il continua avec plus d'autorité à servir le pouvoir royal. Il s'occupa dès lors, dans le ressort du Parlement de Paris, de l'œuvre qu'il devait, comme grand chancelier, étendre à toute la France, et qui consistait à maintenir l'autorité royale comme modératrice suprême de la justice, et à ramener par là l'unité dans les décisions comme dans l'organisation des corps judiciaires. Les observations qu'il rédigea alors sur les lois de l'instruction criminelle lui servirent plus tard à les perfectionner, et ses réponses aux officiers du ressort du Parlement formaient comme une suite de décisions sur la jurisprudence et la discipline. Il fut aussi l'auteur de plusieurs règlements autorisés par des arrêts, et le chancelier de Pontchartrain le chargea de la rédaction de plusieurs édits, en lui prédisant qu'il le remplacerait un jour. D'autres ministres, et le roi lui-même, lui demandaient souvent des mémoires sur des questions importantes.

Une grande partie de ses mémoires, comme procureur général, fut consacrée aux affaires du domaine. D'Aguesseau se trouvait armé, en cette matière, d'une loi uniforme pour toute la France, et qui semblait tenir aux principes les plus nécessaires de la puissance royale, l'ordonnance de Moulins de 1566, qui avait établi d'une façon définitive l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité du domaine de la couronne. Au mépris des dispositions de cette ordonnance, de nombreux abus avaient eu lieu, des biens du domaine avaient été engagés ou vendus; et la posses-

sion de ces biens, confirmée par un long usage, quelquefois obscurcie dans son origine par des titres ambigus et l'éloignement des temps, avait permis beaucoup d'usurpations contre les droits imprescriptibles de la couronne. D'Aguesseau se donna pour mission de rechercher les biens du domaine, d'en dégager l'origine et d'en amener la restitution. De nombreux mémoires furent rédigés pour établir devant les corps judiciaires les droits de la couronne, et les habituer de plus en plus à en reconnaître l'autorité.

Au commencement de la régence, d'Aguesseau fut honoré de la confiance du duc d'Orléans, et appelé à l'aider de ses conseils dans les affaires les plus importantes de l'Etat.

En 1717, survint la mort du chancelier Voysin. D'Aguesseau, sans avoir fait aucune sollicitation, fut appelé inopinément à remplir la haute position qui se trouvait ainsi vacante, « et l'on s'étonna, disent les biographes, de le voir, à quarante-huit ans et quelques mois, conduit jusqu'à la première charge du royaume, sans en avoir jamais demandé ni désiré aucune. »

Bientôt il fut suspect pour son opposition aux dangereuses innovations de Law. A la fin de janvier 1718, il dut rendre les sceaux, et se retirer à sa terre de Fresnes ; là, il perfectionna ses études sur la philosophie et les autres branches des connaissances humaines. En 1720, il reçut l'ordre de revenir sans l'avoir demandé, et les sceaux lui furent rendus : ils lui furent ôtés une seconde fois, et il retourna à Fresnes au mois de février 1722. Enfin, il fut de nouveau rappelé au mois d'août 1727, et il reprit alors l'exercice de la plupart de ses anciennes fonctions ; cependant les sceaux ne lui furent rendus qu'en 1737, et il les garda jusqu'à sa mort, survenue en 1750.

18. C'est dans la position de grand chancelier que d'Aguesseau eut à déployer la hauteur de ses vues, et à réaliser ses tendances vers l'unité. Placé en face de cette œuvre immense, il ne désespéra pas de l'accomplir, ou tout au moins d'en avancer la perfection. Il n'eut pas la prétention de faire changer, par un seul acte de l'autorité royale, tout un ensemble de lois consacrées par la tradition, et de faire disparaître en un instant des diversités aussi vieilles que la monarchie. Son but, nous l'avons déjà indiqué : arriver à l'unité par parties, parcourir successi-

vement les différentes matières du droit, pour en effacer autant que possible les diversités secondaires.

Quelles furent ses ressources dans une pareille entreprise ?

Son plus puissant instrument fut cette centralisation que la monarchie absolue avait commencé d'opérer dans la justice comme dans l'administration. Les parlements avaient vu leurs prérogatives peu à peu diminuées, leur juridiction amoindrie par la création de tribunaux spéciaux, par l'extension des attributions du conseil du roi. Ils avaient ainsi perdu en grande partie cette puissante individualité qui en faisait autant de corps indépendants, autant de foyers où des jurisprudences diverses se maintenaient avec une égale autorité. Les résistances qu'ils opposaient encore parfois au pouvoir royal, au lieu de les fortifier, ne servaient qu'à les ébranler. Les parlements de province, en particulier, étaient bien déchus : l'unité de procédure, qu'avait inutilement essayé d'introduire Michel de Marillac, avait été imposée à ces parlements par l'ordonnance de 1667, à laquelle Louis XIV, pour bien montrer l'importance qu'il y attribuait, avait voulu attacher son nom (Code Louis) : ils étaient ainsi amenés à l'unité de jurisprudence par l'unité de forme ou de *style*.

Un esprit ferme et modéré, comme celui de d'Aguesseau, pouvait tirer grand parti de cette situation : il suffisait de ne pas tenter de coups d'Etat, mais de fléchir peu à peu les résistances.

La position de grand chancelier, qui le plaçait comme un modérateur suprême au-dessus de la magistrature, et le constituait l'interprète de la volonté royale sur tout ce qui touchait l'administration de la justice, lui assurait une grande autorité sur les parlements et les siéges inférieurs; mais la noblesse de son caractère, les dispositions conciliantes qu'il apportait en toutes choses, fortifiaient encore son influence. Les présidiaux, les parlements eux-mêmes, le consultaient souvent, et sa volumineuse correspondance témoigne du zèle avec lequel il entretenait ses rapports avec eux. Ce sont, la plupart du temps, des questions de règlement intérieur, de police, de préséance, qui s'agitent devant lui ; mais le seul fait de le prendre pour juge était une reconnaissance de sa suprématie et un hommage à son influence.

D'autres fois, les questions sont plus importantes : c'est sur

l'application même des lois et des coutumes qu'il est consulté; il répond à tout, tâchant d'assurer les progrès accomplis et d'effacer les divergences. C'est ainsi quelquefois, soit en matière civile, soit en matière criminelle, qu'il rappelle les juges à se rapprocher de l'équité et des tendances nouvelles.

« Il y a bien des choses, écrit-il, par exemple, qu'on a conservées dans la rédaction ou la réformation des coutumes, par respect ou par prévention pour d'anciennes traditions, qui ne doivent plus tirer à conséquence depuis que la législation s'est perfectionnée en France, et qui sont censées suffisamment changées par l'esprit général des lois, et par l'usage commun de tout le royaume, qui en est le plus sûr interprète. »

Il y avait là un peu d'arbitraire, et peut-être le progrès pourrait-il sembler trop chèrement acheté au prix de la non-application des lois, dans un pays où ces lois seraient la libre expression de la volonté commune; mais quand elles ne vivent que sous le bon plaisir du pouvoir royal, qui peut les changer régulièrement, il ne faut pas se plaindre si, sans en abroger les principes, il en fait modifier l'application. C'était là le vice inhérent à l'ancienne législation, et ce qui serait aujourd'hui un abus était alors un tempérament équitable.

Avec les moyens d'action que lui donnait sa haute position, d'Aguesseau se trouvait en face de l'antagonisme des coutumes et du droit romain, divisé lui-même par les jurisprudences opposées des parlements.

Comme Dumoulin et son école, il partit de cette pensée, que l'unité existait au fond de la législation française, que les coutumes étaient l'expression de principes d'origine commune. Cette pensée, il chercha à la faire passer dans la pratique par sa correspondance et ses ouvrages; loin d'exagérer les diversités qui existaient, et d'effrayer les esprits par la grandeur des changements à faire, il essayait de ne présenter que des innovations si légères, au moins en apparence, que tout le monde y fût disposé. Dans ce but, il s'attachait surtout à régler à nouveau les formes extérieures des actes et des procédures; car, bien que les questions de forme soient aux yeux du commun des hommes la partie la moins importante du droit et la plus facile à changer, ce sont elles qui perpétuent de la façon la plus apparente les diversités de la législation, à ce point que l'histoire du droit

est quelquefois celle de la procédure. Sur ce point donc, la réforme était facilement acceptable, et devait faire disparaître bien des divergences extérieures ; d'autres fois, les divergences tenaient à une cause un peu plus profonde, à la variété de la jurisprudence sur une question non résolue par la législation : là encore ce n'était pas le fond du droit qui différait, mais seulement l'application.

Ainsi se détermina le champ des réformes de d'Aguesseau, ainsi s'explique cette pensée caractéristique « qu'il voulait établir une entière uniformité dans l'*exécution* de chacune des anciennes lois sans en changer le fond, et y ajouter ce qu'il manquait à leur perfection. » La même pensée se manifeste encore dans le préambule de l'ordonnance sur les donations par ces remarquables paroles :

« La justice devrait être aussi uniforme dans ses jugements que la loi dans ses dispositions... Mais comme si les lois et les jugements devaient éprouver un caractère d'incertitude et d'instabilité, qui est presque inséparable de tous les ouvrages humains, il arrive quelquefois que, soit par un défaut d'expression, soit par différentes manières d'envisager les mêmes objets, la variété des jugements forme d'une seule loi comme autant de lois différentes, dont la diversité et souvent l'opposition, contraires à l'honneur de la justice, le sont encore plus au bien public. De là naît, en effet, cette multitude de conflits de juridiction, qui ne sont formés, par un plaideur trop habile, que pour éviter, par le changement des juges, la jurisprudence qui lui est contraire, et s'assurer celle qui lui est préférable : en sorte que le fond même de la contestation se trouve décidé par le seul jugement qui règle la compétence du tribunal. »

Cette pensée, on la retrouve encore dans une circulaire du 10 novembre 1728, aux premiers présidents des parlements. Il y est dit, entre autres choses, que « si la diversité des coutumes était la seule cause de la diversité des jurisprudences, il n'y aurait presque rien à y réformer. » D'Aguesseau écrit encore, dans une lettre à M. de Machault : « Il ne s'agit point, quant à présent, de faire une loi générale et comme un corps entier de législation : plût à Dieu qu'il fût aussi aisé d'exécuter un tel ouvrage qu'il l'est de le concevoir et encore plus de le désirer ! Mais comme le dessein en a paru trop vaste et trop difficile, on

s'est réduit à établir des règles certaines et uniformes sur ce qui fait le sujet d'une diversité de jurisprudence aussi peu honorable à la justice qu'onéreuse et souvent nuisible à ceux qui sont obligés de la réclamer. »

D'Aguesseau ne négligeait pas, lorsqu'il le pouvait, d'introduire dans la loi elle-même des innovations utiles ; mais il songeait principalement à perfectionner la législation par la voie indirecte de l'unification de la procédure, de la soumission de toutes les juridictions particulières à un pouvoir régulateur. Cette pensée d'homme d'Etat autant que de jurisconsulte, c'était celle que Marillac avait infructueusement essayé de réaliser, mais que Colbert et Lamoignon avaient déjà mise à exécution en partie.

Aussi, dans le but unique de régler la forme des actes ou des procédures, furent faits quelques-uns des travaux les plus importants du chancelier. Une déclaration, du 5 février 1731, limita généralement la juridiction des prévôts et présidiaux. Les déclarations des 9 août 1736 et 17 août 1737, vinrent compléter les dispositions de l'ordonnance de 1667 sur les registres de l'état civil. L'ordonnance de juillet 1737 régla d'une manière uniforme l'importante et difficile procédure du faux. Celle d'août de la même année, sur les évocations, régla les conflits de juridiction et supprima un grand nombre de difficultés de compétence. Il serait inutile d'analyser ici ces ordonnances, dont les prescriptions n'ont pu passer directement dans la législation actuelle ; mais on aurait tort de n'y pas voir un progrès important dans l'unité de la jurisprudence, et une puissante impulsion vers cette centralisation, cette communauté de direction qui, dans un grand pays, est nécessaire à l'administration de la justice plus encore qu'au gouvernement.

Enfin, vint le règlement du conseil du roi en 1738. Cet édit eut la plus grande importance : en effet, le conseil du roi, appelé à statuer sur les pourvois en cassation contre les décisions de toutes les juridictions, était placé au-dessus d'elles comme un régulateur souverain. La généralité des attributions de ce conseil, unique et supérieur, en faisait le plus puissant instrument de l'unité. Le règlement de 1738 eut pour but de fortifier cette haute juridiction et d'en favoriser le développement. Il forme encore aujourd'hui en grande partie la loi de procédure de la

Cour de cassation, qui a succédé comme souveraine juridiction civile à l'ancien conseil du roi.

Dans les mêmes vues de centralisation, d'Aguesseau réunit plusieurs siéges royaux établis dans les mêmes villes, afin de diminuer les degrés de juridiction, et détermina exactement les fonctions de plusieurs officiers de justice. Par sa correspondance avec la magistrature, il étendit aussi l'action administrative de la royauté, et intervint souvent pour régler soit des questions de juridiction, soit même des points de droit : on le voit tantôt établissant, en matière de mariage, la distinction du pouvoir ecclésiastique et du pouvoir séculier, tantôt fournissant des instructions pour l'application ou la réformation des anciens usages, tantôt donnant son avis sur des questions de tutelle, de témoignage ou de quelque autre matière juridique (voir OEuvres de d'Aguesseau, édit. in-4°, t. VIII, p. 485, 586; t. IX, p. 114, 570).

Enfin, et toujours sans innover dans le fond du droit, d'Aguesseau fit travailler à la réformation et à l'autorisation de quelques coutumes. Il put ainsi faire élaguer des anciens textes les superfluités et les dispositions contraires aux principes modernes.

19. Mais sa grande œuvre de législateur, celle à laquelle nous avons hâte d'arriver, ce sont ses ordonnances sur le droit civil, qui ont donné à son nom la gloire la plus durable, et dont les sages dispositions ont inspiré notre Code Napoléon dans plusieurs parties.

Nous avons indiqué comment ces ordonnances devaient avoir un caractère plutôt réglementaire qu'absolu dans l'établissement des principes; elles devaient fixer une jurisprudence incertaine sur des points de forme, sur les modalités de certaines institutions, plutôt que changer les institutions elles-mêmes.

Néanmoins, l'acte par lequel d'Aguesseau commença ses réformes, en 1729, fut un changement dans le fond du droit. Un édit, rendu sur sa proposition, abolit celui de Saint-Maur de 1567, qui privait les mères du droit de succéder à leurs enfants; il rétablit ainsi les principes du droit romain qui avaient cédé à l'influence de l'esprit féodal, et ramena sur ce point important « cette parfaite uniformité de jurisprudence aussi honorable au législateur qu'avantageuse à ses sujets. »

Cette première réforme n'était pas toujours d'un exemple facile à suivre, en présence de l'obstination des parlements et des divisions du droit écrit et coutumier.

Aussi les grandes ordonnances de 1721 sur *les donations*, de 1735 sur *les testaments*, de 1747 sur *les substitutions*, de 1749 sur *les biens des établissements de mainmorte*, n'opérèrent pas des réformes aussi complètes que l'eût désiré d'Aguesseau lui-même. Et cependant il alla aussi loin qu'il pouvait aller; il déploya toutes les qualités d'un administrateur et d'un jurisconsulte, pour bien mesurer d'avance et assurer dans l'avenir la portée de ses réformes.

Chacune de ces ordonnances fut précédée d'une étude approfondie de la matière, selon les lois, les coutumes et la jurisprudence de l'époque. Il fallut en même temps consulter les parlements, dont la résistance aurait pu faire échouer l'entreprise ; il fallut les associer en quelque sorte à l'œuvre nouvelle, et de là ce grand travail de consultations, d'observations de la part des corps judiciaires, qui se reproduisit à la rédaction du Code civil, et qui a l'avantage de faire éclairer d'avance par les tribunaux la loi qu'ils doivent plus tard appliquer.

A l'époque de d'Aguesseau, cela offrait plus d'une difficulté. Les parlements redoutaient de voir changer leur ancienne jurisprudence, et altérer le fond même du droit qu'ils étaient accoutumés à appliquer. Il fallait des précautions infinies pour leur persuader qu'on n'en voulait pas au droit, qu'on ne cherchait, au contraire, qu'à faciliter leur tâche, à effacer des divergences secondaires peu honorables pour la magistrature. Malgré sa haute position et ses moyens d'action, d'Aguesseau ne réussissait pas toujours. Ainsi, à propos de l'ordonnance des testaments, il ne reçut que longtemps après sa publication les renseignements qu'il avait demandés au parlement de Bourgogne ; ainsi encore, un projet d'ordonnance qu'il avait préparé, sur les incapacités de recevoir par donation ou testament, ne put aboutir, à cause de la persistance des parlements à ne pas lui envoyer leurs avis.

Que de ménagements et de fermeté fallut-il donc à d'Aguesseau pour mener à fin ses réformes et les faire accepter par les corps judiciaires! Dans les longues correspondances qu'il eut avec eux, se révèlent les diversités profondes qui les séparent, et souvent l'impossibilité d'y remédier. Souvent même, dans les

ordonnances destinées à établir des règles uniformes, il est obligé de faire des dispositions séparées pour les pays de coutumes et ceux de droit écrit, et quelquefois encore d'excepter de chacune de ces catégories telle ou telle province en particulier.

Ce sont ces grandes ordonnances, si péniblement élaborées, dont nous devons donner une idée sommaire.

20. La première fut celle de 1731, sur *les donations*.

Les donations avaient été, dans notre ancien droit, soumises à des règles très-différentes de celles du droit romain; mais la plupart des changements s'étaient introduits sous l'influence de la coutume, et, par suite, avec des incertitudes et des variations nombreuses.

Le droit romain, dans son dernier état, était très-large pour les donations. Il leur permettait de se produire sous la forme d'un simple pacte, sauf la nécessité de l'insinuation sur des registres publics quand elles atteignaient un certain taux. Le donateur avait la faculté de donner actuellement et irrévocablement, ou, au contraire, de donner à cause de mort, en se réservant jusqu'à son décès le droit de reprendre sa libéralité; il pouvait transférer la propriété sous condition suspensive et sous condition résolutoire. Enfin, les institutions destinées à protéger le donateur contre sa propre faiblesse, et ses héritiers contre ses libéralités inconsidérées, n'étaient pas organisées d'une façon régulière.

Dans notre ancien droit, on avait senti confusément les inconvénients de cet état de choses : 1° n'exiger aucune forme, c'était permettre au juge de se contenter du faible consentement d'un moment, si peu importante qu'en fût la manifestation, et par là on arrivait à valider des donations arrachées par surprise, ou même à donner l'existence à des donations qui n'avaient jamais été dans l'intention de celui à qui on les attribuait : on ouvrait donc la porte à la captation et à la spoliation des familles; 2° en permettant au donateur de ne pas se dessaisir actuellement et de se réserver des droits sur les biens donnés, on le rendait plus facile dans ses libéralités ; ne devant pas en souffrir personnellement, maître d'en arrêter l'effet à volonté, il était bien moins porté à réfléchir sur les conséquences de ses actes pour lui et sa famille; et comme, au reste, il était beaucoup plus aisé au donataire de ne pas provoquer une révocation ultérieure qu'il ne l'eût été d'obtenir, dès le principe, l'irrévoca-

bilité, le dépouillement du donateur se faisait sans difficulté; 3° en autorisant la situation indécise qui résultait d'une transmission de propriété sous une condition suspensive ou résolutoire, et en même temps potestative, on permettait des fraudes envers les tiers : en l'absence de toute publicité, ils pouvaient être trompés sur la personne du véritable propriétaire; en supposant même qu'ils le connussent, l'incertitude de la propriété rendait les transactions difficiles et nuisait au commerce.

Tous ces inconvénients avaient été sentis, plus ou moins vivement, dans notre ancien droit. De là, un système de règles destinées à protéger les intérêts méconnus par le droit romain. La plus importante de ces règles se formulait ainsi : *Donner et retenir ne vaut.* On voulait que le donateur fût dessaisi d'une façon actuelle et irrévocable, et ne pût se réserver le droit de disposer des biens donnés. Par là, on rendait les donateurs plus circonspects dans leurs libéralités, et on excluait les donations à cause de mort; de plus, pour assurer la certitude de la volonté, et en même temps faire connaître à tous l'existence de la donation, on exigeait la tradition des biens donnés. Cette nécessité était généralement considérée comme une conséquence de la règle *donner et retenir ne vaut,* à tel point que d'anciennes coutumes ne permettaient même pas au donateur de conserver l'usufruit des biens donnés. Mais la tradition pouvait être réelle ou feinte : réelle, quand elle consistait dans la remise effective des choses données; feinte, quand elle consistait en formalités équivalentes. Or, on considérait l'acte notarié comme ayant force exécutoire, et on admettait qu'il pouvait seul avoir la force d'opérer la tradition par la simple clause de *dessaisine-saisine.* Ainsi, les règles de la tradition se trouvaient liées, d'une part, à la règle *donner et retenir ne vaut,* de l'autre, à l'existence d'un acte notarié : cette confusion amenait naturellement des résultats fort divers, selon les pays et les parlements.

Deux autres particularités signalaient encore la donation : 1° comme tout autre contrat, la donation exigeait le concours de deux volontés, celle du donateur et celle du donataire ; le premier offrant la libéralité, le second l'acceptant. Mais la manifestation de la volonté du donataire fut exigée avec plus de rigueur que dans les actes ordinaires : on voulut une acceptation expresse, spéciale, et non pas seulement tacite; on fit de

cette acceptation une forme substantielle, qui fut spécialement exigée par l'ordonnance de 1539 ; 2° la même ordonnance avait introduit, dans l'intérêt des tiers, une mesure de publicité, l'*insinuation* ou enregistrement, aux greffes des bailliages, de toutes les donations.

L'ordonnance de 1731 eut pour but de mettre l'ordre et l'unité dans toutes ces institutions du droit positif. Il s'agissait de faire un règlement de détails, de trancher des controverses particulières. Tout d'abord, il fallut séparer, comme des éléments bien distincts, les formes de la tradition, celles de l'acte ou instrument de la donation, et les applications de la règle *donner et retenir ne vaut ;* il fallut donner à chacun de ces points des formules précises, destinées à prévenir des difficultés nouvelles.

Le titre Ier fut relatif à l'*instrument de la donation*. La première question qui se présentait était celle de savoir si la donation pouvait être faite sous seings privés. Duplessis soutenait l'affirmative ; Ricard professait la négative, en se fondant sur ce que les actes sous seings privés n'ayant pas date certaine, seraient primés par des actes postérieurs constitutifs d'hypothèque, et permettraient d'échapper à la règle de l'irrévocabilité des donations. La question fut tranchée par les articles 1 et 2 de l'ordonnance : toute donation dut être faite devant notaire.

Puis l'ordonnance s'occupa des donations à cause de mort, permises dans plusieurs contrées, et surtout dans les pays de droit écrit, dans la coutume de Paris, dans celle d'Anjou, réprouvées presque partout ailleurs. L'ordonnance trancha la difficulté en décidant que les donations à cause de mort ne vaudraient que si elles étaient faites en forme de testament ou de codicille, c'est-à-dire, au fond, en les abrogeant pour ne plus permettre que des legs : par un habile artifice du législateur, la forme emportait le fond.

Le titre II régla de nouveau les conditions et la forme rigoureuse de l'*acceptation*, dont les parlements étaient souvent portés à diminuer le caractère obligatoire ; elle dut être expresse, et la donation ne liait le donateur que du jour où elle était acceptée. Les donataires incapables, eux-mêmes, ne furent pas affranchis de cette rigueur ; ils ne pouvaient, si la donation n'était pas acceptée, s'en prendre qu'à leurs représentants légaux. Les dona-

tions par contrat de mariage, dignes d'une protection particulière, furent seules exceptées de ces dispositions.

Le titre III fut relatif à la *tradition*, mais il ne décida rien sur la forme de la tradition ; il laissa subsister sur ce point la diversité des jurisprudences. Mais il faut remarquer que les progrès du droit tendaient à supprimer la nécessité de la tradition réelle ; presque partout elles s'effaçait pour faire place à des traditions feintes, ou à des clauses de constitut possessoire qui la suppléaient.

Sous le titre de la tradition, le législateur de 1731 s'occupa de considérer la transmission de propriété à titre gratuit, non pas dans sa forme, mais en elle-même ; il voulut lui donner un caractère définitif, et non pas équivoque et aléatoire. En d'autres termes, il voulut assurer l'actualité et l'irrévocabilité de la donation, et bien préciser l'étendue de la règle : *donner et retenir ne vaut*.

Les applications et les limites de cette règle furent donc fixées, et ramenées à un cetain nombre de propositions, les unes jusque-là controversées, les autres consacrées par la coutume. Aucune donation ne put contenir d'autres biens que ceux qui appartenaient actuellement au donateur ; de là, la prohibition des donations de biens à venir, jusque-là autorisées dans certaines contrées au même titre que les donations à cause de mort. Pour garantir l'application exacte du principe en matière de meubles, l'ordonnance exigea un état estimatif signé des parties et annexé à la donation, ce qui suppléait avec avantage la tradition réelle, auparavant exigée presque partout en matière de meubles. Les dispositions suivantes prohibaient toute clause qui ferait dépendre la donation d'une condition potestative de la part du donateur, ou qui lui réservaient le droit de disposer de quelqu'un des biens donnés, ou qui imposaient au donataire l'obligation de payer d'autres dettes du donataire que celles actuellement existantes. La sanction de toutes ces dispositions était la nullité de toute donation qui y serait contraire, nullité qui pouvait être invoquée par le donateur, et lors même qu'il y aurait eu mise en possession. Il n'était admis d'exception qu'en faveur des donations par contrat de mariage.

Le titre IV traitait de l'*insinuation*. Cette formalité, consistant à enregistrer les donations sur des registres publics, communicables à quiconque le requérait, et qui est aujourd'hui suppléée

par la transcription, avait un certain caractère fiscal ; mais elle avait surtout pour effet d'avertir les tiers du fait de la donation d'une manière bien plus certaine que la tradition, dont le caractère peut être équivoque. Créée par l'ordonnance de Villers-Cotterets de 1539, elle avait été réglée par la déclaration de février 1549, par l'ordonnance de Moulins de 1566, par un édit de 1703. L'ordonnance de 1731 assujettit à l'insinuation toutes les donations, même rémunératoires, et excepta seulement : 1° les donations par contrat de mariage ; 2° les dons mobiles, augments, contre-augments de dot, gains de noce et de survie, et autres avantages matrimoniaux ; 3° les donations de choses mobilières, quand il y avait tradition réelle ou qu'elles n'excédaient pas 1,000 livres.

L'insinuation ne se liait pas, comme aujourd'hui la transcription, à un système général sur la transmission de propriété immobilière et au règlement des droits réels acquis successivement sur le même objet par plusieurs personnes. Les transmissions de propriété à titre onéreux, les hypothèques, échappaient alors à la publicité ; et d'Aguesseau lui-même, dans la crainte de compromettre le crédit des grandes familles, recula devant l'ouverture d'un registre public des hypothèques, entreprise infructueusement tentée en 1580 et 1673, par des édits presque aussitôt rapportés. L'insinuation se présentait comme un élément de perfection de la donation, analogue à l'acceptation, plutôt que comme un signe extérieur de la translation de propriété. Aussi, le défaut de cette formalité pouvait être opposé soit par les héritiers, soit par les créanciers chirographaires du donateur, si elle n'avait été remplie dans les quatre mois de la donation : le donateur seul ne pouvait l'invoquer. Les donations mobilières, comme les donations immobilières, étaient soumises à cette insinuation. Ces dispositions exceptionnelles, qui faisaient de l'insinuation comme un élément de la perfection du contrat, qui allaient jusqu'à défendre la clause par laquelle le donateur, en se chargeant de faire faire l'insinuation, voudrait rendre la donation opposable à ses héritiers ou à ses créanciers chirographaires, n'allaient-elles pas au delà du but ? Il est permis de le penser : portée à ce point, l'insinuation prend plutôt le caractère d'une mesure fiscale que celui d'un instrument de publicité destiné à protéger les tiers ; et il est fort douteux, quoi

qu'en aient dit certains auteurs, que les législateurs du Code, en prescrivant la transcription des donations, aient voulu reproduire ce système, alors qu'ils avaient sous les yeux le système bien plus rationnel de la loi de brumaire an VII sur la transcription. Ils n'ont pas, comme l'ordonnance, prohibé les clauses destinées à empêcher les héritiers du donateur d'opposer le défaut de transcription ; ils n'ont soumis à la transcription que les biens susceptibles d'hypothèques, ils n'ont pas fixé de délai pour la transcription. On peut donc croire que le défaut de transcription seulement doit être opposable par ceux qui, avant qu'elle ait eu lieu, ont acquis la propriété de la chose donnée, ou tout au moins des droits réels ou des hypothèques.

Dans son titre V, l'ordonnance trace les règles *du retranchement pour cause de légitime*. Elle évite, en ce point, de toucher au fond des choses : le taux, le caractère de la légitime, la qualité qu'il faut avoir pour y prétendre, ne sont point établis ; seulement, étant supposée une légitime et des libéralités qui l'entament, le législateur se préoccupe des opérations à faire pour opérer la réduction. L'article 34 de l'ordonnance établit la règle par laquelle on doit, pour obtenir la légitime, faire la réunion fictive à la masse de tous les biens donnés par le défunt ; puis, en cas d'insuffisance des biens libres pour former la légitime, réduire d'abord les legs proportionnellement entre eux ; puis, au cas où la réduction entière des legs serait insuffisante, attaquer successivement les donations entre-vifs, en remontant de la plus récente aux plus anciennes. Ce même article 34 suppose résolue une question qui a été très-débattue depuis le Code civil, celle de savoir si le successible renonçant peut retenir sa part de réserve sur les avancements d'hoirie qui lui ont été faits. Cette question était résolue affirmativement par l'ancien droit, et la divergence portait sur le point de savoir si le renonçant pouvait en même temps retenir quelque chose sur la quotité disponible. L'ordonnance ne trancha point cette dernière question, et régla seulement le mode de rétention de la part héréditaire du renonçant. Ainsi, le fond de la question n'étant pas élucidé, les rédacteurs du Code civil, quand ils ont eu à régler les questions effleurées par d'Aguesseau, se sont trouvés livrés aux hasards de leurs inspirations, et, après des discussions confuses, ils sont arrivés, sans s'en rendre bien compte, à renverser

le système de l'ancien droit, et à copier presque littéralement l'article 34 de l'ordonnance dans leur article 924, en l'appliquant à une hypothèse tout inverse.

Le titre VI a pour objet la *révocation des donations pour cause de survenance d'enfants*. Cette institution, en germe dans le droit romain, développée dans la pratique française, fixée surtout par les travaux de Dumoulin à l'occasion d'un procès personnel, avait besoin d'être réglée dans ses détails par une loi précise. L'ordonnance le fit avec le plus grand soin, et toutes ses dispositions à ce sujet ont passé dans le Code Napoléon.

Telle est, dans son ensemble, l'ordonnance des donations. On peut lui reprocher d'avoir, dans plusieurs parties, le caractère d'un règlement un peu minutieux, et non d'une généralisation de principes, d'avoir multiplié les nullités de détails. Mais nous avons déjà expliqué l'impossibilité où était d'Aguesseau d'aborder plus avant le fond des choses. Quant à la multiplicité des règles qu'il a édictées, elles répondaient à autant de questions graves et controversées, d'où dépendait la nullité ou la validité des donations; l'ordonnance a donc tari une source de difficultés et préparé les voies à notre Code, dont plusieurs dispositions en sont extraites littéralement (art. 922-966).

21. Nous donnerons moins de développements sur l'ordonnance *des testaments*, de 1735.

D'Aguesseau s'occupa, dans cette ordonnance, d'établir avec netteté les principes relatifs aux formes des testaments; les formes ont en pareille matière une importance capitale, puisqu'elles décident de la nullité ou de la validité des actes; mais elles différaient profondément selon les diverses provinces. Les pays de droit écrit avaient deux sortes de testaments, dérivés du droit romain : le testament *nuncupatif*, écrit par un notaire sous la dictée du testateur en présence de sept témoins; le testament *mystique*, remis tout écrit par le testateur au notaire, toujours en présence de sept témoins, et dont il était dressé un acte de suscription. Ces testaments devaient, en outre, contenir, comme formalité intrinsèque, une institution d'héritier, et s'il y avait des enfants légitimaires, c'étaient eux qui devaient être institués à peine de nullité; mais, en dehors des testaments, on connaissait les codicilles, reçus en présence de cinq témoins, et qui ne devaient pas contenir d'institution d'héritier. Dans les pays cou-

tumiers, on suivait deux autres formes, celle du testament *olographe* et celle du testament *par acte public*, reçu par un notaire et quatre témoins, ou deux notaires et deux témoins : ici, l'institution d'héritier, loin d'être nécessaire, était prohibée.

L'ordonnance de 1735 ne toucha pas à ces divergences ; elle fit en quelque sorte deux lois, une pour le pays de droit écrit, l'autre pour le pays de coutumes.

Le titre Ier, relatif aux *formalités des testaments*, fut divisé en quatre chapitres : le premier, sur les formes testamentaires en pays de droit écrit ; le second, sur les formalités testamentaires dans les pays coutumiers ; les deux derniers, sur les formes privilégiées des testaments militaires et de ceux qui se font en mer ou en temps de peste. Le titre II régla avec détail une matière commune à tous les testaments passés devant notaires, savoir : la qualité des *témoins testamentaires*. Le titre III redevint spécial aux pays de droit écrit : il régit l'*institution d'héritier*, qui y était considérée comme la base des testaments ; il conserva la nécessité d'instituer pour héritiers les enfants ou descendants légitimaires quand il y en avait, puis il fixa les règles de la détraction de la quarte falcidie ou trébellianique, que l'héritier avait droit de retenir sur les legs et les fidéicommis ; il donna aux légitimaires le droit de réclamer cette quarte, et, en outre, de retenir les biens qui leur auraient été donnés autrement, en les imputant sur leur légitime ; enfin, il statua sur les clauses codicillaires et autres analogues. Le titre IV fut consacré à diverses *dispositions particulières*, dont la plus importante est la prohibition des testaments mutuels ou conjonctifs, par lesquels deux personnes feraient leurs dernières dispositions dans un seul et même acte.

Cette ordonnance se tint plus strictement encore que la première dans les questions de formes. D'Aguesseau ne toucha ni au fond des questions de légitime et de quotité disponible, qui n'avaient pas mûri depuis l'ordonnance sur les donations, ni aux effets des diverses dispositions testamentaires. Son œuvre n'avait plus le même caractère de généralité, ni dans son objet, ni dans l'étendue territoriale de son application : la profonde scission des jurisprudences s'y opposait. Aussi des controverses spéciales et secondaires, aujourd'hui sans intérêt, y ont-elles une grande place. Ce qui en est resté, c'est la détermination exacte

des formes diverses des testaments, qui ont passé avec de légères modifications dans le droit actuel, et peuvent aujourd'hui s'employer généralement dans toute la France.

22. L'ordonnance de 1747 porta sur une matière importante, non-seulement au point de vue de la fortune privée et de la famille, mais encore à celui des intérêts généraux et de l'économie politique, sur les *substitutions*.

Il y avait, dans l'organisation de la société sous l'ancien régime, des institutions politiques et juridiques qui contrastaient par leur complication savante avec la rudesse et l'ignorance du temps où elles étaient nées. Il semblait que l'effort de l'intelligence se fût porté à combiner un système plein de ressorts ingénieux, et dont le but final était l'asservissement perpétuel d'une partie de la nation, la stérilité du sol et la misère du plus grand nombre. D'où venait ce mal, dont les substitutions étaient un des principaux symptômes?

Dans la noblesse guerrière, imprévoyante du moyen âge, pour qui le travail et l'épargne étaient un déshonneur, vivait cependant le désir de perpétuer la splendeur et la domination de la race, de transmettre à travers les siècles la fortune destinée à les soutenir. Ce n'était pas, comme à Rome, le nom même de l'individu qui passait à ses descendants et les suivait dans tout le cours des temps, c'était dans la terre, dans le sol, que la noblesse cherchait la perpétuité; à cette terre qu'elle ne voulait pas cultiver, elle demandait ses noms, les sources de sa richesse et de sa puissance. Mais comment la garder à perpétuité, cette terre conquise d'abord par les armes? Là où la transmission de la propriété est libre, celui qui possède ne peut conserver que par le travail et la vigilance; pour se maintenir même, il lui faut un effort; à côté de lui, ceux qui travaillent et épargnent sont des rivaux toujours prêts à conquérir à prix d'argent la fortune qu'il négligera. De cette rivalité naît l'instabilité des fortunes, la répartition incessante de la richesse, qui abandonne l'oisif et va trouver l'industrieux : le travail est encouragé et récompensé. Ce bien en produit un autre : l'augmentation du travail amène l'augmentation de production; chacun, cherchant à conserver ou à conquérir, fait rendre à la terre tout ce qu'elle peut donner; il augmente les ressources qui se distribuent entre les hommes et concourent à l'aisance générale. La justice et l'in-

térêt du bonheur commun y trouvent donc en même temps leur compte.

Mais ce n'était pas là l'idéal du moyen âge. L'homme de guerre voulait fixer à perpétuité le sol entre ses mains ; il ne voulait pas travailler. De là une foule d'institutions artificielles et savantes destinées à empêcher le va-et-vient de la fortune immobilière, à la retenir dans les mêmes mains. Ce fut d'abord la formule féodale : *Nulle terre sans seigneur*, c'est-à-dire point de propriété parfaitement libre et entière pour ceux de la classe inférieure, point d'affranchissement possible par le travail. Mais il fallait combiner un système pour la pratique de cette formule : le système fut trouvé.

L'organisation des rentes perpétuelles et foncières, des redevances féodales de toute nature, fournirent un premier moyen d'assurer aux possesseurs de fiefs la propriété du sol et ses avantages honorifiques. C'était une sorte d'emphytéose perpétuelle : le seigneur conservait le *domaine direct et éminent*, représenté par la redevance qui lui était payée à perpétuité ; la culture et la jouissance en nature étaient abandonnées sous le nom de *domaine utile* au tenancier, qui exploitait à ses risques et périls, mais sans jamais pouvoir acquérir par le rachat de sa redevance une propriété libre et incommutable, sans pouvoir non plus espérer de la transmettre à autrui. Les biens se trouvaient ainsi dans une sorte d'indivision perpétuelle entre le seigneur et le tenancier ; ils étaient retirés de la circulation, et par là toute émulation disparaissait : le travail du cultivateur et la production se bornaient au strict nécessaire.

Mais cette organisation, toute vicieuse qu'elle fût, n'était pas un obstacle absolu à la transmission de ces démembrements artificiels de la propriété ; elle ne mettait pas les biens hors du commerce. Le droit du moyen âge, qui avait trouvé dans l'emphytéose romaine le germe de cette institution, qui l'avait généralisée et adaptée avec un art merveilleux à l'idée politique du temps, transforma aussi, pour arriver plus sûrement à la conservation du bien dans les grandes familles, une autre institution romaine, les fidéicommis graduels. Un testateur ou un donateur purent, en transmettant leurs biens à une personne, lui imposer la charge de les conserver pendant sa vie, pour les rendre à sa mort à telle autre personne déterminée, par exemple

à un fils aîné ; puis imposer à cette autre personne la charge de les conserver pour une troisième, et ainsi de suite : c'était là ce qu'on appelait une substitution fidéicommissaire. On voit le résultat : les biens étaient inaliénables pendant plusieurs générations ; chacun des propriétaires successivement grevés de ces fidéicommis avait les dehors de la propriété ; il n'en avait pas la réalité. Quant à lui, sûr de conserver pendant sa vie parce qu'il était chargé de rendre, il n'était encouragé à améliorer ni par la crainte de perdre, ni par l'espoir d'acquérir, ni même par le désir de transmettre des biens plus considérables à l'héritier de son choix, puisque cet héritier était tout désigné. Il ne pouvait faire d'échanges avantageux : les emprunts les plus nécessaires lui étaient interdits ; ce n'était donc pas du propriétaire grevé de restitution, qu'on pouvait attendre l'amélioration du sol. Mais ce n'était pas tout : le grand nombre des substitutions absorbait la meilleure partie de la fortune du pays ; ceux qui n'étaient pas propriétaires de biens substitués ne pouvaient espérer d'acquérir de pareils biens, inaliénables qu'ils étaient : c'était donc autant d'enlevé à l'émulation, à l'encouragement du travail, de l'épargne et de la production. Le crédit était aussi gravement atteint : le créancier qui prêtait à un propriétaire grevé de substitution ne pouvait qu'être trompé par l'apparence d'une fortune, indisponible en réalité.

Ainsi, de toutes parts, les efforts individuels étaient découragés par l'existence de ces substitutions. On conçoit également la multiplicité des procès que devait susciter une institution aussi compliquée, et qui créait une si longue incertitude dans la propriété : à l'ouverture de chaque degré de substitution, les appelés avaient à plaider soit entre eux, soit contre les héritiers, créanciers ou acquéreurs du grevé, sur l'existence ou l'étendue de la substitution.

Enfin, les sentiments de la nature, l'ordre régulier des successions étaient contrariés comme les lois économiques. Les substitutions constituaient, en effet, de véritables lois de succession faites par les particuliers ; elles avaient, de plus que les lois ordinaires, le pouvoir de transmettre le patrimoine sans aucune altération, et d'enlever à ceux qui succédaient le pouvoir de disposition. M. Rossi a dit, en parlant de ces substitutions (*Cours d'économie politique*, t. II, p. 156-161) : « Il est des lois qui

ôtent pour ainsi dire à la terre sa puissance productrice, et la rendent stérile dans la main de ses possesseurs. Ce sont toutes les lois, de succession ou autres, qui ne laissent pas au détenteur actuel un intérêt suffisant pour faire de la terre le meileur emploi possible, même en sacrifiant le présent à l'avenir : ce sont ces lois qui luttent contre la nature même des choses et les tendances légitimes du cœur humain. » Et plus loin : « C'est ainsi que la vanité ou le caprice d'un seul prenait la place de la loi, et enlevait à tout jamais la faculté de tester à ses successeurs. La liberté des testateurs s'anéantissait, comme toutes les libertés, par l'abus : la licence d'un petit nombre imposait à tous les autres une sorte de servitude. »

Les substitutions, nous l'avons dit, s'étendaient à plusieurs degrés ou générations, quelquefois à l'infini. En vain des ordonnances de 1560 et de 1566 les avaient réduites d'abord à quatre, puis à deux degrés. Ces lois n'avaient reçu qu'une exécution incomplète, et l'incertitude de la législation était devenue presque aussi fâcheuse que l'inconvénient de l'institution elle-même.

D'Aguesseau conçut le projet de tarir ces difficultés, qui, dit-il dans son préambule, se renouvelaient presque à chaque ouverture de substitution ; il voulut en même temps, et par une voie détournée, restreindre le plus possible les substitutions elles-mêmes. Mais de nombreux obstacles l'attendaient dans l'exécution de ce dessein : d'abord la difficulté et le nombre des questions à résoudre, puis la divergence des opinions et la résistance aux innovations.

On est étonné, quand on parcourt les demandes adressées par d'Aguesseau aux parlements et les réponses qu'il fit lui-même résumer, de la multiplicité infinie de questions qui s'élevaient sur les objets qui pouvaient être substitués, sur les clauses permises ou défendues dans les substitutions, sur les effets de la caducité de l'institution principale, etc., et on est encore plus confondu de la diversité des réponses qui y ont été faites : sur chaque point différent, autant de parlements, autant de jurisprudences.

Sur le principe même des substitutions, même embarras. D'Aguesseau voulait les restreindre et les organiser de la façon la plus avantageuse aux appelés et aux tiers. Mais qu'on juge de ses préoccupations en présence des réclamations opposées

qui lui viennent de toutes parts, et auxquelles il répond presque contradictoirement !

Au premier président d'Aix, qui lui propose l'abrogation complète des substitutions, il écrit : « L'abrogation entière de tout fidéicommis serait peut-être, comme vous le pensez, la meilleure de toutes les lois... ; mais j'ai peur, » etc.

Au contraire, à ceux qui croyaient les substitutions indispensables et craignaient de les voir menacées, il dit, dans le préambule même de l'ordonnance : « Loin de vouloir donner la moindre atteinte à la liberté de faire des substitutions, nous ne nous sommes proposé que de la rendre plus utile aux familles. »

L'ordonnance de 1747 est divisée en deux parties : la première contient les règles générales sur les objets qui peuvent être substitués, sur l'ouverture des substitutions, leur caducité, leurs conditions de validité, sur le nombre de degrés permis dans les substitutions, et enfin sur la valeur de celles qui avaient été faites avant l'ordonnance. Cette partie, qui touche au fond même du droit, ne put être traitée qu'avec les plus grands ménagements : les réformes avaient besoin surtout de prendre la forme interprétative, et de ne pas choquer ouvertement les idées reçues dans les parlements. Cependant, à travers cette réserve, on distingue une tendance à restreindre le plus possible les substitutions, que la Révolution seule devait abolir. Ainsi, la limitation des substitutions à deux degrés, déjà établie en législation, mais méconnue dans la pratique, fut maintenue avec sévérité. D'autre part, les substitutions de meubles, qui pouvaient donner lieu à tant de difficultés, à cause du conflit du droit des appelés avec le droit des tiers acquéreurs et la règle qu'en fait de meubles possession vaut titre, ces substitutions de meubles furent réglées de façon à éviter de graves inconvénients. Tout mobilier compris dans une substitution devait être immédiatement employé en acquisition d'immeubles ou en placements, de façon à pouvoir se retrouver et se suivre ; on n'exceptait de cette disposition que les bestiaux attachés à la culture des terres et l'ameublement des châteaux, qu'il était permis de conserver en nature après en avoir fait un état. L'ordonnance, dans cette première partie, prohibait également les substitutions dites *conjecturales* ou *sous double condition*.

La seconde partie de l'ordonnance a un caractère plus régle-

mentaire : elle contient, d'une part, les formalités à remplir pour conserver les droits des appelés ; et, de l'autre, les mesures destinées à sauvegarder l'intérêt des tiers. Dans l'intérêt des appelés, sont établies la nécessité de nommer un tuteur à la substitution, celle de faire un état du mobilier et d'en opérer le placement, l'obligation imposée au grevé de veiller à la nomination du tuteur et de jouir en bon père de famille. Dans l'intérêt des tiers, qui peuvent être appelés à contracter avec le grevé, et qui seraient trompés s'ils n'étaient avertis que les biens substitués sont inaliénables entre ses mains, l'ordonnance prescrit d'autres mesures : la principale est la publication et l'enregistrement au greffe des bailliages de toute substitution. Cette formalité, analogue à l'insinuation des donations, est prescrite avec les mêmes conditions, et la même sanction y est attachée : toute personne intéressée à ce qu'il n'y ait pas substitution pourra invoquer le défaut de publication et d'enregistrement, à moins qu'elle n'ait été chargée elle-même d'y veiller. Ces règles ont passé presque intégralement dans notre Code pour régler les substitutions, dans les cas exceptionnels où elles sont permises (art. 1048-1075 C. N.).

23. Au mois d'août 1749, parut l'édit sur les *établissements et acquisitions des biens de mainmorte*. Cet édit, d'après son préambule, devait remédier « aux inconvénients de la multiplication des établissements de mainmorte, et de la facilité qu'ils trouvaient à acquérir des fonds naturellement destinés à la subsistance et à la conservation du bien dans les familles. »

Aussi les premiers articles de cet édit prohibent l'établissement de toute congrégation, maison ou communauté religieuse, ou autre personne de mainmorte, si ce n'est en vertu de lettres patentes du roi, enregistrées au parlement. Ils défendent particulièrement l'établissement de semblables communautés par acte de dernière volonté ; car il arrivait souvent que les testateurs cherchaient à perpétuer leur nom en l'attachant à de pareilles fondations, au détriment de leurs héritiers légitimes. L'édit règle en même temps les formes de l'autorisation royale, qui ne peut être accordée qu'après des informations prises auprès des évêques et des officiers municipaux dans la juridiction desquels doivent se trouver les établissements.

La seconde partie de l'édit fait défense à tous gens de main-

morte, même autorisés, d'acquérir, recevoir, posséder aucuns fonds de terre, maisons, droits réels, rentes foncières ou constituées sur des particuliers, si ce n'est après avoir obtenu des lettres patentes du roi dans certaines formes et conditions. Cette prohibition comprend les acquisitions à titre onéreux aussi bien que celles à titre gratuit ; mais, de plus, l'acquisition par voie de legs des biens ainsi énumérés était absolument interdite et ne pouvait être autorisée par le roi. En revanche, les gens de mainmorte pouvaient recevoir, de quelque façon que ce fût, de l'argent ou autres choses mobilières, des rentes constituées sur le roi, le clergé, ou sur des corps ou communautés.

« Dans ce monument autant de droit public que de droit privé, dit M. Laferrière, d'Aguesseau rétablit courageusement les droits de la société générale et ceux des familles contre les faiblesses des testateurs et contre la puissance des corporations ecclésiastiques qui tendaient à envahir la plus grande partie du territoire. » (*Essai sur l'histoire du droit français*, t. Ier, p. 401.)

A un autre point de vue plus moderne, la restriction apportée à la liberté d'acquérir pour les corporations peut encore se justifier : c'est au point de vue économique, à raison de l'intérêt de la circulation des biens, de cette transmissibilité qui seule peut les rendre productifs. Mais ce point de vue préoccupait plus faiblement d'Aguesseau, que l'intérêt de la prérogative royale et celui des familles : ce sont ces deux dernières idées qui ont inspiré l'œuvre entière du grand chancelier.

Dans toutes ses ordonnances, il a cherché à faire prévaloir l'unité monarchique contre la diversité des usages et des jurisprudences, à affaiblir l'individualité des corps placés en dehors de la royauté. Dans toutes celles que nous avons examinées, il a cherché (et c'est là son second objet) à assurer la conservation de la fortune, tout au moins de la fortune immobilière, et à la perpétuer dans les familles. Que sont, en effet, les ordonnances sur les donations et les testaments, sinon des restrictions à la faculté de dépouiller la famille? Les formalités en sont instituées en haine de la donation et du testament, et non pas, comme dans le droit actuel, dans l'intérêt du crédit public ; aussi les nombreuses nullités qui en résultent peuvent toujours être invoquées par les héritiers du donateur ou testateur. Dans l'ordonnance des substitutions, c'est encore la famille que pro-

tége d'Aguesseau ; car s'il les atteint, ce n'est pas surtout parce qu'elles tendent à enlever les biens au commerce et à les conserver inaliénables, c'est parce qu'elles les conservent pour d'autres que les véritables héritiers. Enfin, nous venons de voir l'ordonnance sur les biens de mainmorte destinée à empêcher de trop grandes libéralités de la part des testateurs ou donateurs.

D'Aguesseau fut donc avant tout un conservateur : c'était l'esprit de l'ancienne magistrature. Il était si peu préoccupé des besoins du crédit et du commerce, qu'il repoussait la publicité des hypothèques. Et cependant, ses travaux ont puissamment servi le progrès législatif, d'abord à cause de l'unité vers laquelle ils tendent toujours, ensuite à cause de l'étude approfondie des difficultés qu'ils doivent trancher. Il a pu servir de modèle aux rédacteurs de notre Code, non-seulement par ce qu'ils ont pu lui emprunter matériellement, mais encore par sa méthode exacte et rigoureuse.

24. D'Aguesseau ne crut pas son rôle fini quand il eut fait publier ses Ordonnances ; il ne pensa pas qu'elles pussent se passer d'être éclairées et vivifiées par les ouvrages des jurisconsultes. Loin d'imaginer, comme Justinien, qu'une œuvre législative dût se suffire à elle-même, et que tout commentaire dût être proscrit comme dangereux, il encouragea les écrivains, les savants.

Pénétré de cette idée que l'étude du droit romain était la seule où les jeunes gens qui commençaient l'apprentissage du droit pussent puiser l'esprit de méthode et d'unité, trouver un ensemble de principes facile à dégager tout d'abord, il seconda de tout son pouvoir un immense travail sur les *Pandectes de Justinien :* c'était l'œuvre laborieuse d'un savant encore inconnu, d'un magistrat du présidial d'Orléans : c'était le premier travail de Pothier. En 1748, l'œuvre fut menée à sa fin après vingt-cinq ans de recherches et de soins, et le chancelier en accepta la dédicace ; puis il encouragea Pothier dans un travail de généralisation du droit coutumier, dont le premier essai devait se trouver dans un commentaire de la Coutume d'Orléans. Enfin, quelques mois avant sa mort, et par lettres patentes du 20 janvier 1750, il le fit nommer à la chaire de droit français en l'université d'Orléans, avec dispense de se démettre de ses autres offices : on peut dire qu'il léguait Pothier à la science.

D'autres jurisconsultes, sous les auspices de d'Aguesseau, semblèrent prendre pour mission particulière d'éclairer par des commentaires les ordonnances mêmes qui avaient été rendues sur son initiative. Parmi eux se distinguèrent Sallé, avocat au parlement de Paris, et Furgole, avocat au parlement de Toulouse.

Sallé, dans son ouvrage intitulé : *Esprit des ordonnnaces de Louis XV*, se proposa de faire ressortir quelles difficultés ces ordonnances avaient eu pour objet de trancher. Dans ce but, après de courtes introductions, il indique sur chaque article l'état antérieur du droit, les divisions des auteurs et de la jurisprudence, et fixe avec précision la portée de la disposition nouvelle. Il fait ensuite connaître quelles questions se trouvent implicitement résolues ; quelquefois il prévoit des difficultés nouvelles, et en adapte également la solution avec la législation de d'Aguesseau. Son érudition est sûre et précise, sans être surchargée d'aucun détail inutile : ses explications sont claires, nettes et substantielles.

Furgole, de son côté, écrivit sur les donations, sur les testaments, sur les substitutions. Soit qu'il prît la forme du commentaire ou celle du traité, ou enfin qu'il procédât par questions détachées, il développa comme jurisconsulte l'œuvre législative de d'Aguesseau. Ses travaux, un peu lourds, chargés d'une érudition diffuse, semblent avoir eu la prétention de ne rien omettre. Ils popularisèrent dans les pays de droit écrit l'œuvre de d'Aguesseau, et servirent à la répandre en même temps qu'à la combiner avec les anciens principes. D'Aguesseau protégea particulièrement Furgole, dont l'influence dans son pays devait être utile au succès des ordonnances, en même temps que son talent réel méritait des encouragements.

LÉOPOLD THÉZARD,
Agrégé à la Faculté de droit de Poitiers, avocat à la Cour impériale.

(*La suite au prochain numéro.*)

LES COUTUMES DE L'ASSISE.

Dans la division de l'ancienne France, le comté de Belfort comprenait quatre districts : les prévôtés de Belfort et d'Angeot, le bailliage de Rosemont, et la grande mairie de l'Assise [1].

Cette grande mairie était elle-même subdivisée en deux mairies : la mairie de l'Assise sur l'eau et la mairie de Chèvremont. La première, longeant les bords de la rivière la Savoureuse, se composait des villages d'Andelenans, Damjoutin, Dorans, Trétudans, Sévenans, Leuppe et Moval [2] ; la deuxième, plus rapprochée des rives de la Madelaine, était formée des villages de Chèvremont, Bessoncourt [3] et Petit-Croix.

Cette seigneurie de l'Assise appartint successivement aux princes de Montbéliard, aux comtes de Ferette, aux archiducs d'Autriche et à la famille de Mazarin [4].

Elle avait ses coutumes particulières remontant à une haute antiquité, *extraites mot à mot en* 1596 *du vray original fort vieil*, par le notaire Vernier, de Trétudans, *retraduites et renouvellées* successivement en 1641 et 1678, par le grand maire de l'Assise, Thomas-Chardouillet. On en faisait annuellement la lecture à tous les sujets de la seigneurie réunis, à Chèvremont, le premier dimanche après Pâques, le jour de Quasimodo, pour la tenue du maître plaid (*magistrale plebiscitum*, *maparius*, *malpardus*, *meisturisding*) [5].

Je publie pour la première fois le texte de ces coutumes d'a-

[1] En allemand *Essis*.

[2] Sévenans, Leuppe et Moval, villages peu importants, furent échangés par Mlle de Duras avec M. Noblat. Voir Horrer, *Dictionnaire de l'Alsace*, vo Assise.

[3] La moitié de Bessoncourt appartenait à la seigneurie de l'Assise; l'autre faisait partie de la seigneurie de Rougemont et appartenait, en 1789, au prince de Broglie.

[4] Schœpflin-Ravenez, *Alsace illustrée*, IV, p. 118 et 133; et l'introduction de nos Coutumes annotées du val de Rosemont, in-8o, Paris, Durand, 1866.

[5] Cf. Grimm, *Weisthümer*, III, p. 617. Constitution de Monre (Thuringe), anno 1264.

près un manuscrit[1] déposé aux archives départementales du Haut-Rhin (fonds Mazarin, L. 14 à 18).

Je joins à ce texte, pour lui servir de commentaire, deux pièces également inédites et tirées du même fonds.

La première est la description de la seigneurie de la Grande Assise, faite en 1573 sur l'ordre de l'archiduc Ferdinand[2]. La traduction française de cette pièce est malheureusement incomplète, et je n'ai pu rétablir les *desiderata* par le texte allemand, dont je n'ai trouvé que les deux premiers feuillets dans les archives. La lacune me semble, du reste, peu importante.

La deuxième est le Terrier dressé en 1742 d'après le vœu de Mlle de Durefort de Duras. Je ne rapporte que la partie relative à la mairie de Chèvremont, parce que je n'ai pas découvert celle concernant la mairie de l'Assise sur l'eau. D'un autre côté, l'eussé-je rencontrée, la publication de ces deux documents, bien certainement identiques, eût allongé cette étude sans y apporter une lumière vraiment nouvelle.

Ces deux documents sont d'utiles auxiliaires pour l'intelligence et l'interprétation du Coutumier. Ils nous fournissent en outre un précieux contingent de renseignements sur d'autres points.

L'Urbaire de 1573 relate à cette date le nombre des feux existant dans la seigneurie, le chiffre des hommes propres au service militaire, ainsi que des charrues ou chariots pouvant accomplir les corvées[3], le montant des revenus de chaque communauté, la manière dont s'effectue chaque espèce de corvées, la nature précise des impôts, contributions et redevances seigneuriales tant annuels qu'accidentels, la quotité et la dévolution des différentes amendes. Il rapporte des détails sur le règlement de la justice ordinaire, la composition et la hiérarchie des juridictions, sur les appels, et surtout sur la tenue de cette justice spéciale et annuelle appelée le *maparius*. Il nous apprend que deux procureurs servaient les parties devant cette justice extraordi-

[1] Ce manuscrit porte la date de 1716.

[2] Archives du Haut-Rhin, C. 32. — Il existe, dans les archives du Haut-Rhin, deux autres descriptions de la seigneurie de l'Assise; l'une en date de 1533 (fonds de la Régence, 588) et l'autre en date de 1665 (fonds Mazarin, L. 14 à 18). Elles sont toutes deux beaucoup plus sommaires que celle de 1573 : c'est pour ce motif que nous rapportons seulement cette dernière.

[3] Voici ces nombres et ceux de l'année 1665. On verra dans ce tableau.

naire. Il détermine le nombre et la circonscription des paroisses. Il précise l'étendue du sol forestier, ainsi que les usages des sujets aux chauffage, marronnage, glandage et pâturage. Il enseigne que, le *cours des rivières* appartenant à la seigneurie, le *cours des ruisseaux* reste au contraire la propriété des communautés. Il règle la chasse partout et sans discussion suivant les ordonnances archiducales de 1557. Il indique quelle est la condition des sujets étrangers habitant le territoire de la grande mairie, et notamment de ceux qu'y possèdent les maisons de Belchamp à Dorans, et des Hohenfirst à Fontenelle. Il nous révèle l'esprit pacifique de ces populations, qui n'ont différend ni avec leur seigneur, ni avec leurs voisins, à l'exception des gens de Sévenans, lesquels contestent à ceux de Bermont les limites de leur finage ; leur dévotion particulière à saint Beule (Paul?), auquel on allait, par un pèlerinage à Damjoutin, demander la guérison des enfants malades ; enfin, la faible constitution physique des habitants de Chèvremont, qui étaient obligés de se mettre deux pour conduire la charrue.

Le Terrier de 1742, rapproché de la Coutume et de la Description de l'Assise, marque les changements que le seigneur a apportés ultérieurement à la constitution primitive de son domaine et à l'état de ses sujets.

En comparant ces trois textes entre eux et en les rapprochant

par la comparaison des chiffres, quels ont été les résultats désastreux de la guerre de Trente ans. On ne compte plus que 92 au lieu de 177 habitants.

Communautés.	Habitants.		Feux.		Hommes capables de porter les armes.		Manouvriers.		Chariots ou charrues.	
	1573	1665	1573	1665	1573	1665	1573	1665	1573	1665
Andelenans.....	17	6	17	5	17		10		27	8
Bessoncourt.....	12	2	12	2	»		»		»	2
Chèvremont.....	57	16	42	16	57		27		19	16
Damjoutin.....	20	12	20	12	27		10		13	8
Dorans.....	14	15	14	15	14		»		21	13
Leuppe.....	3	1	3	1	3		»		2	»
Moval.....	4	2	3	2	4		»		3	2
Petit-Croix.....	12	13	12	13	»		»		»	10
Sujets de Reinach..	»	5	»	5	»		»		»	»
Sévenans.....	9	5	7	5	9		»		7	4
Trétudans.....	27	13	23	13	27		4		16	8
Fontenelle (sujets).	2	2	»	»	»		»		»	»

des notes qui accompagnent les coutumes d'Orbey et surtout de Rosemont, le lecteur se fera aisément sur chaque point une idée exacte de la dernière situation juridique de cette grand mairie.

COUTUMES

DE LA SEIGNEURIE DE L'ASSISE.

Les statut et observation de Lasize tant de la mairie de Dorant que celle de Chevremont qui se doit lire et faire entendre lorsque lon tien la justice appelé le MAPARIUS[1] *une fois lan tant en la mairie de Dorans que celle de Chevremont.*

Renouvellé par moy, THOMAS CHARDOUILLET, *grand maire de laditte Assize, ce premier jour du mois de may* 1678.

PREMIÈREMENT a esté declairé que la taille du souverain ce payera tous les ans deux fois, à chaque fois cinquante solz ; mais quand il y survient orualle de temps et de guerre, lors il y avoit de la considération.

2° Secondement il a esté dit que tous ceux de laditte Assize que tienne fond payeront au seigneur une géline à carême entrant.

3° Item que tous les subjects de laditte Assize sont obligé d'aller une fois l'an à la chasse, lors qu'un châtelain, ou celuy qui on charge, les commandera à leurs mission.

4° Item que les subjects de laditte grandmairie ne sont obligé de faire aucune corvée, sinon que le seigneur fit à batir aux chataux de Belfort, lors attenus daider à charier les bois selon leur pouvoir.

5° Item sont attenus lesdits de l'Assize d'aider à charier les bois du moulin de Dampjustin pour le rédifier. Mais quand il falloit une meule ou autre pierre semblable, le seigneur du moulin est obligé de les acheter, et lesdits de l'Assize attenu les amener, à leur dépend, jusque dans le moulin, et en considération de ce, le munier est obligé de les moudre et expédier devant tout autres.

6° Item a esté declairé par les prudhommes, manans et habitant de l'Assize, n'avoir jamais permis nul banvin, ains doive vendre le vins à la pinte de l'huile à prendre sur le patrons de léglise de Chevremont.

[1] La description de la seigneurie orthographie tantôt *mal par jus*, tantôt *mal par dus*, p. 64 et 74.

7° Item est dit aussy n'avoir point de four banal ny rivière banalle. Ainsy peuve pêcher ès rivières de laditte Assize pour leurs vivre en leurs maison.

8° Item de mesme que le seigneur ny austres n'ont point de pennage dans les bois de l'Assize ou villages ny d'amende, parceque le bois dépend de laditte Assize.

9° Item que le seigneur n'a point d'amende dans laditte Assize que par un plainteur.

10° Item de mesme que le seigneur n'a point de grosse amende que de 72 solz, sçavoir 60 pour le seigneur et 12 pour le plainteur.

11° Item quand ès petite amende de sept solz, le grand maire en a quatre, la justice trois. Pour d'autres amendes, il n'y en a point d'autres, sauf le crime.

12° Item que de tout temps passé un grand maire de l'Assize mouloit au moulin de Dampjustin sans mesure, et nul autre n'en doit être exempt.

13° Item le jour de la feste de Froideval doit par chacun an estre fait audit lieu de la part de monseigneur une défense et commandement par un grand maire de l'Assize, ou par son sergent, sur peine de dix livres damende, que nul ne trouble la feste pour esviter désordre, dispute et débat.

14° Item de mesme le jour de la feste de Froideval doit avoir un grand maire pour et au nom de monseigneur audit lieu, et avec luy un sergent, et avec eux trois ou quatre hommes des plus apparents de laditte Assize pour garder partout et prendre garde qu'aucun tort ne soit fait aux religieux, et a ledit grand maire et ceux qu'il aura leurs réfections raisonnables.

15° Item doit avoir un grand maire et les jurés de laditte Assize d'un chacun hoste, qui veut vendre vin le jour de la feste dudit Froideval, un cartal de vin à ce que tort ne soit fait audit hoste.

16° Item le grand maire et les jurés de laditte Assize sont obligés chacun an tenir le maparius le premier dimanche après Pasques, auquel jour ce doit rapporter tous les bons droicts et anciennes coutumes à raison de tenir justice que l'on tient conséquitivement; et les droict et faculté de justice ce doivent comme de tout temps estre lus. Cest toujours observé, puisque cest une ancienne coutume et un droit estably par les souverains.

17° Item ce peut adjourner l'un l'autre pour ledit jour pour quelque demande ou querelle qu'ils ayent par ensemble, et il y faut répondre sans faire aucun deffaut sur peine d'y estre contraint par voye et contrainture de justice.

18° Item ne doivent lesdits de l'Assize, ny de Chevremont, nulle fois estre adjournés pour dettes en laditte justice, sinon et excepté le jour

du maparius, pourvu que celuy qui les voudra faire adjourner eusse des gages suffisamment pour le mérite de son cas.

19° Item que sy un estrangé ou autres sentrebatoit l'un l'autre au lieu auquel lon tient la justice du maparius, iceux seront obligé de répondre par devant le grand maire de laditte Assize, lequel en doit avoir la cognoissance.

20° Item que pour le jour du maparius ne se peut ny doit faire aucune appellation après un jugement donnez sans y avoir autre terme.

21° Item ledit jour du maparius, ou le lendemain, le grand maire et les jurés de justice sont attenus de visiter les pintes des hoste qui veut vendre en toutte la grand mairie. Et s'il y en a qui soient trop petittes, iceux seront amendables à monseigneur de soixante solz et au grand maire et au juré douze solz.

22° Item ne doivent lesdits hostes de laditte Assize vendre le vin plus qu'à Belfort, que ce ne soit par le consentement exprès du grand maire et des jurés, autrement il seroit amendable.

23° Item que l'on ne doit point mener les gages desquels lon gageroit lesdits de l'Assize pour dettes quils doivent en laditte Assize. Ains se doivent mettre en hostage à prins ou usage par la justice dudit lieu, sans en avoir autres journeez, hors dudit lieu, sinon que par appellation que ce pouvoit faire sur le jugement desdits jurés.

24° Item touttes et quantes fois que protestation ce fait en laditte justice, celuy qui la fait doit incontinent mettre plaiges et prix pour relever son appellation devant dix jours à onze nuits, et la doit prendre par escript à ses frais et mission. Et sy on la refuse lon la doit porter pardevant messieurs les officiers de Belfort par un renouvellement fait par la Cour souveraine de Brisach, depuis lesdits sieurs officiers dudit Belfort à la Cour souveraine de Brisach, et ce rapporter le meilleur jugement dans 40 jours, à compter dès le lendemain que lon auroit fait laditte appellation ou protestation, ou sinon celuy qui avoit ainsy appellé seroit amendable à mondit seigneur à l'amende de 60 solz et ès juré qui auroit donné la présente sentence 12 solz.

25° Item touttes et quantes fois que appellation ce relevant en laditte justice de l'Assize et grand mairie ne la doit point sellé jusqua autant quelles soient premièrement relevé pardevant les jurés, afinque le droict et action dautrui et d'un chacun y soit méritoirement gardé et préservé, et pour y mettre en ostages sy besoing fait.

26° Item touttes et quantes fois que lettre et passement ce donne et octroye par la justice et jugement des jurés, elle doit estre mise par escrit et rapporté pardevant lesdits jurés, pour cette esfect un grand maire de l'Assize la peut sceler et cacheter, et a pour son droict un cartal de vin, et ledit juré un autre cartal sans conster les escripture et expédition.

27° Item sont attenus et obligé aussy aulcun subject de laditte Assize tant à Chevremont que à Bessoncourt, de payer à mondit seigneur certaine cense tant d'argent, chappon et géline, comme aussy de mesme en laditte Assize sur l'eau que l'on a toujours relevé.

28° Item doivent et sont attenus lesdits de l'Assize, tant à Dampjustin que à Chevremont, de payer chacun année des cartattes davoine que mondit seigneur a en laditte Assize, que un grand maire de l'Assize a toujours joui paisiblement dont il y a longtemps et cédé par le souverain par vertu de sa charge de grand maire.

29° Item il sy retrenne aussi qu'un grand maire de l'Assize a longtemps jouy et heu sur le dixme de Chevremont et Bessoncourt 60 solz par an ensemble des dixmes cédé par le seigneur.

30° Item ont veu lesdits habitans longtemps quun grand maire de l'Assize peuvoit et avoit puissance de mettre un sergent au lieu de Chevremont et en laditte Assize, tant pour tenir justice comme pour recevoir les tailles et censes de mondit seigneur sil lui plaisoit, sinon la percevoit encore de luy-même sans y mettre nul autre, et a toujours jouy ledit grand maire de tout droict tant des petittes amendes quautres choses, comme cartal de vin, institution de pupille, lettres de sentence et passement, et autres droicts dépendant de sa charge.

31° Finallement peuvent et veuillent lesdits prudhommes de toute laditte Assize, et autres villages dépendant dicelle, hériter lun lautre jusques la neufvième génération, toujours le plus proche, sans nul contredit, et par mondit seigneur, nul cens sur eux à cause du trépassement de quelle personne que ce soit ny vieil ny jeune, excepté sur les batards et batardes que mourront sans hoirs de leurs corps en mariage lesquels mondit seigneur hériteroit.

Les présentes ordonnances et statut de l'Assize sont estées extraicts de mot à mot le plus intelligiblement possible que lon a peu faire et colationez du vray original fort vieil, par Antoine Vernier de Trétudant, notaire, à la requête de Hugonin Courlas de Sévenans, et pour lors grand maire de l'Assize, que fut à Trétudant le 22e janvier 1596.

Et du depuis les présentes statut et ordonnances sont esté retraduites et renouvellez par moy soubscrit grand maire de l'assize, que fut a Belfort ce 17e janvier 1641. *Attesté* : Thomas Chardouillet, avec paraffe.

La présente coppie a esté extraite et transcrite sur une autre coppie bien et duhement colationez par ce tabaillion soubscrit, à Belfort, ce 18e *septembre* 1697. *Atteste* Jacques Cuenin, *tabaillion*.

DESCRIPTION
DE LA SEIGNEURIE DE L'ASSISE

EN 1573.

Cette seigneurie appartient au souverain prince archiduc Ferdinand d'Autriche, comme régent et prince du pays, avec toutes justices et sans aucunes conditions.

Et est à sçavoir que cette seigneurie est divisée en deux mairies, sçavoir : une partie ou justice de l'Assize sur l'eau, et l'autre la mairie de Chevremont, comme cy-après lesdittes deux justices avec les villages et subjects en dépendants seront descripts.

La seigneurie de Belfort y a estably un grand maire, lequel est constitué et ordonné sur cette seigneurie et les deux justices, et tient en nom de la seigneurie en icelle le sceptre.

Il s'y tient à Chevremont une justice tous les quinze ou tous les huit jours, selon que la nécessité le requiert, et ordinairement un lundy, à laquelle toutes actions et causes qui se font en laditte mairie se doivent justifier, et y est procédé, comme cy après sera dit, en la description de Chevremont.

Dans la justice de l'Assize sur l'eau y est aussy procédé, comme cy après sera dit, et aussi à sçavoir qu'est deux justices de l'Assize sur l'Eau et Chevremont se tient annuellement une justice particulière nommée le *mal par jus*, de laquelle sera aussi cy après desclaré, et la seigneurie, dans ces deux justices, a toutes les amendes touchant les actions criminelles, quand, dans cette seigneurie, quelqu'un fait quelque délit ou qu'il commet choses criminelles.

Dans cette seigneurie, il n'y a point de signe patibulaire; mais sy quelquun, par quelque délit ou faute criminelle, est fait prisonnier, est rendu et mené à Belfort, et, suivant ses desmérites, est puni par la seigneurie et suivant l'estat du crime, et par la seigneurie remis entre la justice des Vingt-Quatre, estre fait justice et exécution faitte à Belfort en la place ordinaire, cette justice est estably comme de coutume et selon qu'il est marqué en la description de Belfort.

Subjection. Les subjects doivent à la seigneurie comme cy après dans la description de chaque village.

Au temps de guerre, tout subjects de cette seigneurie de l'Assize sont obligés de se rendre toutes et quantes fois quand on les requiert, et de se présenter au château (de Belfort) bien armez et suivant le relevé et la resgistrature des subjects, à peine d'indignation et d'estre sévérement puny, et là attendre les ordres pour la garde du château.

Dans cette seigneurie de l'Assize, la ville de Belfort y a quelques

bourgeois, lesquels en ces cas sont obligés au commandement des bourgeois de Belfort.

Pour les batiments de la seigneurie, chaque subject de cette seigneurie est obligé de faire toute crovée avec chevaux, charriots et à bras, soit pour le château ou autres batimens et tant que besoin fait.

Chaque subject de cette seigneurie est obligé en toute nécessité de faire la garde du château, et peut la seigneurie en prendre tant qu'elle veut pour la nuit; à l'encontre on leur donne sur le vespre du pain et du potage.

Les subjects de cette seigneurie sont obligez de faucher annuellement huit jours soit en foin et regain. Ils ne sont point obligez de foiner ni au foin ni au regain.

Chaque subject est aussy obligé de faire un jour de charrue pour le service de la seigneurie soit avant, soit après l'hiver.

Ils ne sont point obligez de moissonner ny damener au logis.

Toute cette seigneurie est obligée d'aller moudre au moulin banal d'Amjuntin. Ce moulin appartient au chappitre de Belfort. Le moulin rapporte ordinairement par admodiation audit chappitre annuellement treize bichets de froment. Chaque subject de cette seigneurie donne au mounier, pour l'entretien de l'escluse, un coupot de froment, mesure de Belfort. Ils sont aussi obligez de payer ou d'aller quérir les pierres du moulin.

Biens de la seigneurie. Les biens que la seigneurie de Belfort possède dans l'Assize sont marquez dans le livre rouge et sont relaissez annuellement.

Les Rivierre. Dans cette seigneurie de l'Assize, y a une rivière appelée *l'Assize.* Commence à la fin du finage de Belfort et finy vers Trétudans, au voyhay Bruat. Est annuellement relaissée, de la part de la seigneurie, environ huit ou neuf livres. La seigneurie y peut faire pescher quand bon lui semble. Toute la seigneurie ou tous les subjects en dépendants y ont droit de pesche, seulement pour leurs nécessités. Et les admodiateurs d'icelle la peuvent relaisser à d'autres par canton. Quand quelqu'un est amendable, l'amende revient à la seigneurie de Belfort.

Tailles et redevances seigneuriales. Taille. La seigneurie de l'Assize donne avec Chevremont annuellement à la seigneurie et à deux termes cent livres; de quoi ceux de l'Assize sur l'eau en payent les deux tiers et Chevremont l'autre tiers.

Contributions. Quand on fait quelques impôts, l'Assize sur l'eau en paye les deux tiers, et Chevremont l'autre tiers.

Umgeld. Ils n'ont poipt d'Angal.

Mauvais denier. Le mauvais denier est relevé sur l'Assize sur l'eau.

Banvin. Le banvin vaut à la seigneurie de Belfort annuellement.....

(*numerus desideratur*) et cette somme est répartie sur tous les subjects de la seigneurie de l'Assize.

Pour le bois. La seigneurie de l'Assize donne annuellement pour le bois à la Saint-Martin..... (*numerus desideratur*).

Epaves. Tout ce qui est trouvé en cette seigneurie appartient à la seigneurie de Belfort.

Vaux (*Phal*). Ils ne sont obligez à aucune vaux.

Droit d'héritance. Tout estranger d'autres seigneuries qui hérite dans l'Assize doit pour une reconnoissance à la seigneurie un florin.

Droit de retrait. Quand quelqu'un vend quelque pièce, son plus proche parent a le retrait jusques au neuvième degré, même quand quelqu'un estant hors du pays lors du vendage, revenant au pays, peut avoir la retraction quand bien l'année sera expirée.— Quand aussy quelque étranger vend et que les parens ne veulent retraire, la seigneurie a droit de retraction. — Quand quelqu'un meurt sans hoirs de son corps, la succession tombe et est échue au souverain prince.

Chasse. Quand on adverty les subjects de cette seigneurie, ils sont obligez de chasser et tenir les hayes pour le service de la seigneurie.

Suit la description spécialle de l'Assize sur l'eau, les villages en dependants : Damjuntin, Adelenant, Dorant, Trétudans, Sévenans, Leuppe et Moval; subjects qui sont dépendants de cette seigneurie assidz et habitant dans d'autres seigneuries; l'office du maire et de la justice et des amendes de l'Assize.

Office du maire. Dans cette Assize, la seigneurie de Belfort y estably un officier nommé *soubmaire.* — Celui-cy fait, de la part de la seigneurie, toutes défenses et ordonnances. — Pour une citation, il a deux rappes.

De la justice. Il y a une justice ordinaire qui se tient dans un des susdits villages, au plus commodément et à la volonté du grand maire, et se tient ordinairement au mardy à chaque quinzaine, ou toutes et quantes fois la nécessité le requiert. Cette justice est composée de neuf juges choisis de toutes parts dans l'Assise. — Ils sont aussi deux procureurs qui ne doivent aucun jugement, mais sont gens de la seigneurie et par icelle assermentez à cause de leur charge.

Des appels. Les appellations depuis laditte justice vont par-devant neuf bourgeois et conseillers de Belfort; de là par-devant les officiers de la seigneurie; en après vont à Ensisheim, par-devant la régence; et depuis à Inspruck.

Quand une partie appelle, elle doit, pour l'escripture et revue de l'appellation aux juriez, une honneste refection.

L'appellation se rachette par un grand maire, et de chaque appelant reçu, il a un cartal de vin selon que le vin couste.

Quand quelqu'un appelle, et qu'il ne poursuit son appellation ou la laisse périr, est amendable de trois livres, de quoy revient à la seigneurie deux livres quinze sols, et aux juges cinq sols.

Quand on escript une appellation, il faut que les deux parties soient présentes, et l'appellé ne paye que pour luy et son procureur.

Des amendes. Toutes les amendes qui se font dans l'Assise et qui s'adjugent dans cette seigneurie appartiennent à la seigneurie de Belfort. — La grosse amende de trois livres qui est adjugée, en advient à la seigneurie deux livres quinze sols, aux juges cinq sols et aux parties rien. — La petite amende de sept sols, de quoy advient au grand maire quatre sols et aux juges trois sols.

Plus un grand maire a, pour toute expédition ou inventaire de veuf ou pupille, quatre pots de vin, mesure de Belfort, et au prix que le vin se vend; de même y a autant pour escriture de sentence qui est scellée. — Il y a aussy pouvoir quand veullent descrire la sentence; mais les parties ne sont point obligéez de luy laisser escrire ainsy, despendent d'eux, et de celle a aussy son sallaire. — Le grand maire a aussy à Dorant six quartes et demy d'avoine, toutefois à la mesure que cinq quartes font un carry d'Allemaigne. — Il a aussy, à Damjuntin, neuf quartes d'avoine, même mesure. Ainsy la grange de grand maire, par commune année, peut valoir 60 ou 70 livres.

Après suit la description particulière des villages de l'Assize sur l'eau.

Damjuntin.

Ce village est situé et appartient en toutes justices à la seigneurie de l'Assize. Et voici ses comfronds : Belfort, Pérouze, Vézelois, Méroux, Andelenans, Baviliers.

Revenus. Il a de revenus annuellement environ 6 livres.

Nombre des habitans, feux et charrues. Dans ce village sont 20 feux, sans la cure. Chaque feu donne une poule. — Sont 3 chesaux, qui ne donnent rien. — Dans ce village sont 27 hommes portant armes. — Il y a 13 charrues qui peuvent servir à la seigneurie. — Il y a 10 manouvriers qui n'ont ny chevaux ny charriots.

Dixmes. Le dixme, compris celui d'Andelenans, se monte communément et annuellement à 30, 31 ou 32 bichots, et se partage comme suit : Le curé de Damjuntin prend partout dans ces dixmes la moitié; d'autre moitié, la seigneurie d'Essert en prend une moitié; de l'autre de ladite moitié le chapelain de Sainte-Catherine à Belfort en prend trois bichots deux quartes, la chapelle de Saint-Georges de Trétudant

deux bichots, et le reste appartient aux Trungunerre de Wolhausen.

Novales. Les novales appartiennent au prince et reviennent par commune année à 5 ou 6 quartes.

Touchant le service divin. Il y a aussy dans ce village de Damjuntin une église parochiale, et ceux de Damjuntin et Andelenant y sont paroissiens. Il y a deux ménandiers estably qui doivent rendre compte par-devant l'officier de la seigneurie. — Ce curé a environ 7 livres 13 sols 1 denier et est collateur d'icelle. — Dans ce finage de Damjuntin y a aussy une chapelle Saint-Beule. Là se font des voyages pour des enfants malades, et après on les lave dans une fontaine proche dudit village et on les laisse tout seuls dans une caverne quelque peu de temps et beaucoup par cette voye se sont trouvés guerry.

Forrests et bois. Dans ce finage il y a un petit bois daitey appelé le *Revenu Esclus*, un petit bois de chaisne la Vaivre, — plus un petit bois de chaisne dit *Esrusses* et bien espes, — plus, contre Belfort, il y a un hault avec des petit bois et avec beaucoup de chaenes et d'aiteys dans lequel ce village a pouvoir de s'affouer. — Quand quelqu'un veut bâtir, on luy donne bois honestement.

Chasse et haye. Cy-devant dans le bois et bures y avait une petite haye. Depuis environ 50 ans elle n'a esté faite. Elle est fort petite. La chasse appartient au prince.

Penage ou glandage. Quand il y a du glandage, ceux de Damjuntin en jouissent, sans qu'il y ait jamais été contredit. L'amende appartient aussy audit village.

Rivierre. La rivierre de l'Assize est relaissée come cy-devant est noté.

Subjects d'autres seigneuries audit Damjuntin. Il n'y en a point.

Différends et débats. N'en ont point.

ANDELENANS.

Ce village d'Andelenans dépend immédiatement de l'Assize en toute haute, moyenne et basse justice, et voici ses confronds : Damjuntin, Vézelois, Méroux, Leuppe, Sevenans, Argiessans, Baviliers.

Revenus. Le village a de revenus de biens communaux annuellement environ 8 livres.

Nombre des habitants, feux et charrues. Dans ce village sont 17 feux et hommes capables de porter les armes, 27 charriots ou charrues qui peuvent servir à la seigneurie, 10 manouvriers, et chaque feu doit à la seigneurie annuellement à la Saint Martin une poulle.

Dixmes. Est à noter dans la description de Damjuntin et sont realisez conjointement.

Novales. Point.

Concernant la justice. Tous les habitants de ce village sont obligez de faire les demandes et de répondre à la justice de l'Assize.

Service divin. Sont paroissiens de Damjuntin.

Forrests et bois. Dans ce finage y a un bois devers Sevenans et sont bois de chaisne, — plus devers Damjuntin un petit bois dit *Sur les Costé,* — plus devers Froideveaux un jeune bois de chaisne; de ces bois ils s'affouagent de mort bois et de bois abattu.

Quand on veut bâtir, la communauté luy donne une quantité de bois honnête.

Chasse et hayes. La chasse appartient au seigneur, et n'y a point de haye.

Penage. Le glandage appartient aux subjects, mais ils n'en ont point en suffisance; ains on est obligé de mettre leurs cochons autre part.

Rivierre. La rivierre de l'Assize passe par le finage, mais est relaissez comme devant est dit.

Subjects étrangers audit Andelenans qui sont à d'autres seigneurs. Il n'y en a point.

Différens et débats. N'en ont point.

Il y a dans le finage dudit Andelenans une église et maison à l'ordre de saint Antoine nommée *Froidevaux*, et est cy après dit son état[1].

[1] Cet état ne se trouvant pas dans la description, nous suppléons à la lacune de ce document par les indications suivantes tirées du fonds Mazarin, L. 7, 14 à 18.

A Froideval existait une église où étaient déposées les reliques de saint Antoine et un hôpital où trouvaient asile les pèlerins et les malades qui venaient réclamer l'intercession de ce saint. Cette église et cet hôpital tombaient en ruine, quand, en 1459, Pierre de Morimont, engagiste de la seigneurie de Belfort, fonde à côté un prieuré en faveur des Antonites, et le dote richement avec l'agrément de l'archiduc Sigismond d'Autriche. En effet, il accorde à cet établissement : 1° la pêche avec tous instruments depuis la rivière de Bavilliers jusques à la fontaine sous Bermont; 2° la faculté de construire un moulin sur la rivière en tel endroit que bon lui semblera, sans préjudice des moulins seigneuriaux; 3° deux cents journaux de bois pour son entretien; 4° la faculté de prendre dix fauchées de pré où il pourra les trouver dans la seigneurie; 5° le droit d'entretenir à Froideval six hommes qui seront soumis à la justice du seigneur, qui lui payeront chacun douze deniers balois à la Saint-Martin d'hiver, et qui pour tout le reste relèveront du prieuré; 6° la faculté de vaine et morte pâture sans aucune redevance sur les lieux environnants, notamment sur les finages de Botans, Dorans, Bermont, Trétudans, Sévenans, Andelenans, Damjontin, Bavilliers, Banvillars et Argiésans; 7° des usages en bois de chauffage et de construction, en grasse et vaine pâture, dans la forêt de la terre de Buc et dans les forêts environnant le prieuré, à charge de célébrer chaque semaine deux messes pour le salut des âmes des archiducs d'Autriche pré-

DORANS.

Le village de Dorans appartient en toutes haute, moyenne et basse justice à la seigneurie de l'Assize, et voici ses comfronds : Botans, Sevenans, Bermont, Oye, Baviliers, Banvillars et Argiessans.

Revenus. Le village de Dorans n'a point de revenus de communaux.

Nombre d'habitants, feux et charrues. Dans ce village sont 14 feux et hommes capables de porter armes, 21 charrues ou charriots qui peu-

sents, passés et futurs, et pour le salut des âmes de Pierre de Morimont et de feu son épouse bien-aimée Marguerite de Rosen.

Le seigneur de Belfort conserve toute juridiction sur le territoire du prieuré de Froideval, même le droit de tabellionnage.

D'après un ancien inventaire, les biens du prieuré consistaient, vers 1742, en : 1° une maison qui est attenante à l'église et où le prieur fait sa résidence; 2° une grange, des chenevières et jardins à côté et autour du monastère; 3° cent cinquante journaux de terre arable; 4° vingt-cinq fauchées de pré autour du prieuré et dans les finages des villages voisins; 5° un curtil près de Belfort; 6° trois pièces de terre situées sur le territoire d'Andelenans, et contenant ensemble environ deux journaux et demi, 7° trente livres sept sols de rente en argent; 8° à Botans une rente de huit quartes, moitié blé et moitié avoine; 9° une rente de deux quartes, moitié blé et moitié avoine, sur les hoirs Estienne de Damjontin; 10° une rente de trois coupots moitié froment et moitié avoine sur Jacques Froment de Damjontin; 11° une rente de trois quartes de froment sur les hoirs Grosjean Gourmont d'Andelenans; 12° une rente de six quartes d'avoine sur Rosselat d'Andelenans; 13° une rente d'une channe d'huile sur les Varrey d'Andelenans; 14° droit de prendre du bois de chauffage et de construction dans la forêt de Moramont (sentence du bailliage de Belfort en 1731). Voilà les ressources du prieuré. Voici maintenant ses charges : 1° Le prieuré paye annuellement au souverain sept florins et demi pour impôt, et ses fermiers acquittent l'impôt royal à la portion colongère dans les villages où sont situés les biens qu'ils cultivent; 2° il doit deux florins au curé de Damjontin pour patronage; 3° annuellement huit livres de cire au château de Belfort; 4° une demi-livre de cire à l'église de Saint-Christophe à Brasse; 5° deux florins pour le dîner du grand maire de l'Assise et des quatre jurés de l'Assise, le jour de la dédicace de l'église de Froideval; 6° une channe de vin, une miche de pain, un fromage et une douzaine d'œufs aux prudhommes de Damjontin et d'Andelenans, les deux fois qu'ils se rendent dans l'année en procession à Froideval; 7° un repas le jour de la dédicace aux bergers des communautés dans lesquelles le prieuré jouit du droit de pâturage.

Il se tient à Froideval une foire le premier jour de mai et le dimanche suivant. Le grand maire de l'Assise a l'inspection de cette foire, et il y fait faire la police par ses sergents. Il perçoit un florin de tous ceux qui vendent du vin à cette foire.

vent servir à la seigneurie; (*desideratur numerus*) manouvriers qui n'ont ny chevaux ny charriots. Chaque feu donne une poule à la seigneurie.

Justice. Ces subjects sont obligez à la justice cy devant dite comme d'autres subjects de la seigneurie de l'Assize.

Dixmes. Le dixme revient avec le dixme de Botans conjointement annuellement environ à 11, 12 ou 13 bichots; de quoi le premier en prend les deux tiers, et l'autre tiers appartient au chappitre de Montbelliard et au curé, à sçavoir audit chappitre les deux tiers et au curé l'autre tiers.

Novales. Reviennent par commune année à quatre quartes et appartiennent au prince.

Service divin. Sont paroissiens de Bermont.

Forrests et bois. Dans ce finage y a un gros bois de chaisne appelé la *Guemenelle*, — plus un petit bois de chaisnes dit *Lestollany*, — encore un petit bois de chaisnes dit le *Bois du Ban*, se joignant l'un à l'autre. — Ils y prennent mort bois abbattu pour leur chauffage. — Quand on veut batir, la communautey luy marque du bois honestement. — Les amendes leur appartiennent; elles sont pour le jour de 10 sols. — Plus y a encore un petit bois de chaisne entre Banvillars et Dorans qu'ils paturent par ensemble et y prennent bois pour leur chauffage. — Laquelle communautey des deux villages gage, à celle-là appartient amende.

Chasse et haye. Il y a une petite haye dans le bois devers Banvillars qu'appartient au prince.

Rivière. Comme cy devant est dit.

Subjects étrangers audit Dorans. Dans ce village sont deux subjects qu'appartiennent à la maison de Belchampt. — Ils jouissent de tous les bois et droits de communautey comme les autres habitans du village.— Ils ne donnent rien à la seigneurie de l'Assize, ny taille, ny autres subsides, sinon pour les terres qui dépendent de la seigneurie. — Ils ne donnent aussy point de corvées et veullent estre francs de toutes autres subjections. — Pour les affaires de communautey, ils peuvent estre gagés une fois de la mais (maison); autrement ou pour autre dette, ils ne peuvent estre gagés; ainsy cela se doit faire sur la communautey. — Sur ces deux subjects, la seigneurie de l'Assize n'a pas pouvoir d'ordonner ny desfendre. — Mais il faut qu'ils servent aussy de banwards quand leur tour vient. — Il faut aussy qu'ils comparaissent dans les assemblées de la communautey. — Ils payent aussy les charges de la communautey selon leurs moyens.

TRÉTUDANS.

Le village de Trétudans appartient immédiatement en toute haute, moyenne et basse justice à la seigneurie de l'Assize, et voici ses com-

fronds : Bourogne, Vourvenans, Chatenois, Oye, Bermont, Sevenans, Moval.

Revenus. Point de revenus.

Nombre d'habitans, feux et charrues. Dans ce village sont 23 feux. — Donne chaque feu annuellement une poulle à la seigneurie. — Sont au nombre de 27 capables de porter les armes ; 16 charrues et charriots qui peuvent servir à la seigneurie ; 4 manouvriers qui n'ont ny chevaux ny charrues.

Dixme. — Le dixme revient annuellement environ à ..... (*numerus desideratur*). Le prince n'y prend aucun dixme. Le gros dixme se réalise par les héritiers Besançon annuellement à environ 7 ou 8 bichots, moitié froment et avoine. — Le chappitre de Montbelliard réalise le sien en particulier annuellement à environ 3 ou 4 bichots. — La chapelle Saint-Georges de Trétudans y a aussy un dixme d'environ 3 ou 4 bichots. — Les héritiers de Thomas Besançon en sont collateurs. — — Les héritiers Degla Deschamps ont ce dixme, un bichot plus ou moins. — Le curé de Bermont y a aussy un dixme qui vaut environ 2 bichots.

Service divin. Il y a une église dédiée à sainte Marguerite, et ils y sont paroissiens. Dans cette église, il y a une chapelle de Saint-Georges, et les plus proches héritiers de Thomas Besançon en sont collateurs. — Ceux de Vourvenans, ils vont depuis quelque temps à l'église, mais ils doivent aller à l'église luthérienne de Dambenois. — Cette église est desservie par un curé de Bermont ; elle est la filiale de Bermont. — Ils sont deux ménandiers qui doivent annuellement rendre compte pardevant l'officier de la seigneurie.

Forrests et bois. Dans ce finage sont trois petits bois de chaisnes et un petit canton de bois daité, qu'ils appartiennent à la communautey. N'y peuvent prendre aucun bois sans la permission de la communautey le mort bois et le bois abbattu. — Quand on veut batir, la communautey ne luy concède de ces bois que 41 pieds : pour le reste, il faut qu'il se pourvoie où il pourra. — Ils boutissent une partie sur les bois de Bourogne. — Les Gageales appartiennent à la communautey.

Chasse et haye. Ces petits bois sont trop rares : n'y a point de haye et point de venaison. — Les subjects sont obligez d'aider à chasser et tesnir les hayes.

Glandage. Quand il y a du glandage, ils y chassent leurs cochons autant qu'on en peut entretenir, et personne n'y contredit.

Rivierre. La prenommée rivierre de l'Assize passe par leur finage.

Subjects étrangers audit village. N'y en a point.

Débats et différends. Ils n'en ont point avec leurs voisins.

SEVENANS.

Ce village est assis et dépend en toute justice à la seigneurie de l'Assize; et voici ses comfronds : Trétudans, Meroux, Leuppe, Andelenans, Botans, Dorans, Bermont. Est à sçavoir que ce village est commun et jouissant avec ceux de Dorans des biens communaux, pasturages et autres, mesme contribue ès communes charges de communautey de Dorans.

Revenus. Il n'a point de revenus annuels.

Nombre d'habitans, feux et charrues. Il sont 7 feux avec celuy du soubmaire, et donne chaque feu une poulle. — Ils sont 9 hommes capables de porter armes. — Il y a 7 charriots ou charrues qui peuvent servir à la seigneurie, compris celle du soubmaire.

Dixmes. Le prince y prend de trois gerbes une, et revient par an communément à 2 bichots. Les héritiers Thomas Besançon prennent la deuxième; et la troisième se partage ainsi : le chapitre de Montbelliard en prend deux et le curé de Bermont la troisième.

Service divin. Ils sont paroissiens de Bermont.

Forrests et bois. Dans ce finage, il y a tout proche les maisons un petit bois de barne qu'appartient aux subjects. — Plus eux et ceux de Trétudans ont par ensemble un petit bois de chaisne en la campagne, entre les deux villages, et partagent également les amendes. Toutefois s'il y a du glandage, ceux de Sevenans ont pouvoir de laisser aller leurs cochons trois semaines avant ceux de Trétudans. — Plus lesdits de Sévenans ont un petit bois de chaisne nommé la *Charme* et leur appartient. Quand il y a du glandage, leurs cochons en jouissent. — Les amendes appartiennent à la communautey.

Chasse. Ils sont obligez de chasser et de tenir les hayes. Les bois sont petits et clairs : y a peu de chablis. Il n'y a point de hayes. — La chasse appartient à la seigneurie.

Glandage. Comme dessus est dit article *Forrests.*

Rivière. La Pie, nommée *Rivière de l'Assize,* passe au bas du village, et est relaissée comme devant est dit.

Subjects étrangers audit Sevenans. N'y en a point.

Différens et débats. Ils n'en ont point avec leurs voisins, sinon contre ceux de Bermont à cause des finages.

LEUPPE.

Appartient sans aucun contredit à la seigneurie de l'Assize avec toute justice; et voici ses comfronds : Moval, Sevenans, Andelenans, Méroux.

Revenus. Point.

Nombre d'habitans, de feux et de charrues. Ils sont 3 feux et doit chacun une poulle ; 3 hommes capables de porter armes ; 2 charriots ou charrues ; le troisième 2 chevaux.

Dixmes. Le curé de Vézelois en a une partie, et la relaisse à qui bon lui semble : elle revient à environ 18 ou 20 quartes, moitié froment et avoine. Le curé de Damjuntin a aussy une partie. Ces deux parties se relèvent avec les dixmes de Damjuntin et Andelenans.

Service divin. Ils sont paroissiens à Vézelois.

Bois et forrests. Dans ce finage, il y a un petit bois de chaisne et daitez. — Ils jouissent du glandage pour leurs cochons. — Les amendes leur appartiennent aussy.

Moval.

Appartient à la seigneurie de l'Assize en toute justice ; et voici ses comfronds : Bourogne, Trétudans, Sévenans, Leuppe, Méroux.

Revenus. Rien.

Nombre d'habitans, feux et charrues. Ils sont 3 feux. Chacun doit une poulle par an. — Il y a 4 hommes capables de porter les armes ; 3 charriots ou charrues.

Dixmes. Le tout du dixme de Moval revient annuellement et ordinairement à 4 bichots et appartient au chappitre de Belfort.

Service divin. Ils sont paroissiens de Vézelois.

Forrests et bois. Dans ce finage, il y a un petit bois daitez : ils y prennent du bois pour leur chauffage. Le glandage et les amendes dudit bois leur appartiennent. De mesme d'un petit bois de chesne appelé la *Houtte.*

La mairie de Chevremont.

Appartient sans contredit à la seigneurie de l'Assize, et suivent les villages et subjects en dépendant. Sçavoir : Chevremont.

Chevremont.

Ce village appartient avec haute, moyenne et basse justice à la seigneurie de l'Assize, excepté quelques subjects de la seigneurie de Grandvillars.

Cy après suivent les subjects qui sont assis et habitant dans d'autres seigneuries dépendant de la seigneurie de l'Assize :

Petit-Croix dont une partie.

Audit lieu de Chevremont il se tient une justice qui se nomme le *malpardus*, et la justice se recommence à trois diverses fois, et y est procédé comme s'ensuit :

Le grand maire de l'Assize y est assistant le sceptre et les neuf juges

ordinaires. Et faut nécessairement qu'ils comparaissent et soient assis, aussy tous ceux qui sont participans et qui ont des biens de franchise de quelque seigneurie qu'ils soient, et qu'ils soient peu ou beaucoup.

Ces biens de franchise ne doivent ny taille ny rentes ou autres servitudes.

Quand la justice est ainsy assise, le grand maire tenant le sceptre demande sy tous ceux qui doivent être assis sont présents. Alors sy quelqu'un manque, il en est pour trois livres d'amende à la seigneurie de Belfort, quand bien mesme il viendrait pendant que les juges seraient encore assis.

Dans cette année 1573, ils étaient en tout 24 juges en après les parties précédentes.

Et quand quelqu'un a quelque affaire à un autre de quelque lieu qu'il soit, pourvu que ce jour-là il soit à Chevremont, il peut faire convenir et est obligé d'y respondre; que s'il fait défaut, il en est pour trois livres d'amende.

Dans cette justice, ils sont deux avant-parliers, autrement appelés *procureurs*, pour servir les parties.

Quand, dans cette première assize, il s'y donne une sentence et qu'une partie en appelle convié par le juge dedans 24 heures l'affaire pendante à la justice de l'Assize sur l'eau.

Quand ainsy une action ou plusieurs sont entendues, le battenier avec tous les juges se tiennent debout, et après quelque temps, luy et les juges se rassoient et donnent permission aux francs. Aussy en après ils vont disner. Et après disner, la justice sera cy (séante) pour la troisième fois. Et y est procédé dans ces deux dernières fois non plus ny moins qu'à une justice ordinaire et ny assis pour juger à ces deux dernières fois que le battenier et les neuf juges derniers.

A cette mairie de Chevremont appartiennent les villages suivants, à sçavoir : *Chevremont.*

Fontenelle. La seigneurie de Belfort y a deux subjects, et sur eux et sur les subjects de Hohenfirst habitant la haute, moyenne et basse justice sont subjects à la justice de Chevremont. Doivent aussy dans les bruits de guerre venir à Belfort et la seigneurie de Belfort prend toute amende sur eux, excepté celles sur les biens qui reviennent à MM. de Hohenfirst.

Subjects qui, demeurant dans d'autres seigneuries, appartiennent à cette seigneurie :

Petit Croix. La seigneurie de Belfort y a 9 subjects. Elle a sur eux et le communal, qui est partagé entre les seigneuries, haute, moyenne et basse justice, et y prend aussy toutes amendes.

Bessoncourt. Ils sont 12 subjects. La seigneurie de Belfort a pouvoir d'y establir une justice. Ils sont obligez en tout comme ceux de Chevremont.

Subjection. Crovées. Tous les subjects de cette mairie doivent à la seigneurie de Belfort toutes crovées, excepté ceux qui habitent et dépendent des basses seigneuries. Toutefois ceux-là sont obligez à la garde du château.

Ceux de Chevremont disent bien que ceux de Fontenelle s'y opposent. Ceux de Chevremont doivent ayder à la garde du château.

Secondement quand on bâtit au château, ils sont obligez de mener pierres, bois ou autres matériaux, selon que la nécessité le requiert.

Il doivent aller moudre au moulin de Damjuntin et doivent la voiture des pierres du moulin.

Ces subjects remontrent bien qu'ils ne doivent autres corvées que comme cy devant est dit. Néantmoins jusques à présent ils ont esté un jour à la charrue et semé l'avoine pour M. de Morimont. De plus on les a toujours obligez de faner et amener à couvert les fruits des prez que ceux de Bretonvilliers fauchaient.

Tailles ou redevances seigneuriales. Item les subjects de cette mairie doivent à la seigneurie de Belfort pour tailles ordinaires et qui se relèvent à deux fois dans l'an 33 livres 6 sous 8 deniers.

Contributions. Quand on fait quelques impôts dans le pays, ils sont obligez de payer leur contingente portion.

Mauvais denier. Dans cette mairie, se paye le mauvais denier comme dans d'autres lieux.

Angal. Banvin. Item ils payent annuellement à la seigneurie de Belfort pour le chemin.

Pour le bois. Item ils payent annuellement pour l'argent du bois dans la chancellerie d'Ensisheim.

Espaves. Ce qui est trouvé dans cette mairie appartient à la seigneurie de Belfort.

Vaux (Phal). Les subjects de cette mairie ne doivent aucun vaux. Toutefois sy un étranger ou une étrangère meurt, chacun de ses héritiers est obligé de payer à la seigneurie de Belfort, toutefois ceux qui sont obligez et nourrys en laditte mairie, hormis les bâtards.

Retrait. Quand quelqu'un vend quelque pièce, son plus proche héritier a la rétraction jusques au neuvième degré.

CHEVREMONT.

Le village de Chevremont est comme une mairie sans contredit à la seigneurie de Belfort, avec haute, moyenne et basse justice ; et voici ses comfronds : Bessoncourt, Vézelois, Fontenelle, Pérouse, Foussemagne.

Revenus. Ce village a environ de revenus 140 livres.

Nombre d'habitans, feux et charrues. Ils sont 42 feux, sans comprendre la maison du curé, y compris les subjects des basses seigneu-

ries. Ils sont dans ce temps 57 hommes âgez de vingt années ou davantage ; ils sont 46 d'iceux mariez ; et sont aussy compris ceux des basses seigneuries. — Il y a, sans comprendre ceux du maire, 19 charriots ou charrues qui peuvent servir à la seigneurie, et à sçavoir qu'à cause qu'ils sont faibles, ils se mettent deux pour une charrue. — Ils sont 27 manouvriers qui n'ont ny chevaux ny charriots. — Chaque feu doit annuellement une poulle à la seigneurie.

Office du maire. La seigneurie de Belfort y a estably un maire. De la part de la seigneurie il fait toutes deffences et ordonnances.

La justice et de la coutume. Dans ce village il y une justice ordinaire, laquelle l'officier peut tenir tous les huit jours, si la nécessité le requiert, et se tient ordinairement le lundy de la semaine.

La justice est estably de neuf juges : cinq de Chevremont, un de Grandvillars, un de Bessoncourt et deux de Fontenelle : l'un de la seigneurie de Belfort, l'autre de Hohenfirst et un de Petit-Croix.

Dans cette justice sont deux procureurs qui ne peuvent donner jugement, sont néantmoins assermentez par la seigneurie de verser duement leurs charges et sont subjects de la seigneurie de Belfort.

Appels. Les appellations de cette justice vont à la justice de l'Assize sur l'eau, de là par-devant les neuf bourgeois et conseil de Belfort, et depuis par-devant les officiers de la seigneurie, et après à Ensisheim et Insprück.

Amendes. Quand il y a amende adjugée en cette justice, elle appartient toute à la seigneurie de Belfort, sinon les amendes qui proviennent pour cause de biens de la basse seigneurie à Fontenelle, celles-là appartiennent à la basse seigneurie.

Quand il se commence quelques amendes par ces subjects-là et sur leurs biens pour cause de battures ou paroles, semblables amendes reviennent à la seigneurie de Belfort.

La grosse amende est de 3 livres ; de quoi il advient aux juges 8 deniers et à la seigneurie 53 deniers.

Pour le défaut, il y a 7 sols. En advient au grand maire 5 sols et aux juges 2 sols.

Dixmes. Le dixme revient annuellement à environ 16 bichots moitié froment et avoine, et se partage aussy comme sensuit :

Le curé et les églises en prennent la moitié, et l'autre moité appartient à la seigneurie de Belfort et à M. Vessemberg comme s'ensuit :

La seigneurie de Belfort de cinq gerbes en prend deux et M. de Vessemberg les trois autres. Et l'afferant de la seigneurie de Belfort se paye la moitié en froment et l'autre moitié en épeautre et avoine.

Novales.

Service divin. Il y a une église paroissiale. Concernant la collation, il y a eu cy-devant un débat entre le Conseil de Montbelliard et MM. les

gouverneur et officiers de la seigneurie de Belfort. Toutefois, après que frater Georgius Gueritté obtint la présentation de l'abbé de Coruels [1] et l'institution de l'esvesque comme le spirituel ordinaire de ce lieu, et suivant ce mis par la seigneurie de Belfort en leur vraye et actuelle possession, ledit frater Georgius Gueritté a depuis, pendant sa vie, toujours possédé et joui de laditte cure sans aucune contradiction, de mesme façon après la mort dudit Gueritté, en l'an 1372, y a esté procédé envers M. Nicolas Martel, touchant la présentation, institution et possession, sans que le susdit Conseil de Montbelliard jusques icy s'y soit opposé. — Cette église a de revenus annuellement environ 2 bichots de froment et 2 bichots d'avoine et 18 livres d'argent.

Bois et forrests. Il y a un assez beau bois la plus partie bois de chaisne. Les habitans du lieu ont pouvoir de prendre du bois pour leur chauffage et le tiennent comme propriétairement. — Quand on veut bastir, on luy en donne huit pièces. Pour le reste, il faut qu'il se pourvoye ailleurs. — Ils sont deux juriés et deux banwards qui gardent ledit bois. — Quand quelqu'un y est pris, il donne au village de jour 12 batz, et de nuit 2 livres, quand il est du lieu. Pour les estrangers il n'y a point de règle. Il faut qu'ils s'accordent suivant le domage qu'ils font.

Chasse. La chasse appartient à la seigneurie de Belfort sans aucune contradiction. Dans ce bois il n'y a point de haye. Il est aussy fort clair. Il y passe quelquefois des sangliers, mais ils ne s'y arrestent point. Et est à sçavoir que subjects comme les autres, quand il y a du gibier, sont subjects à ayder à chasser pour la seigneurie de Belfort, mais ne doivent payer aucun frais.

Glandage. Ceux de Chevremont mettent leurs cochons au glandage. Et quand il y avait du superflu, ils prennaient des cochons estrangers, et employaient l'argent à leur profit. Mais depuis peu, environ quatre ans, ils ont resquis (*revendication*) de la seigneurie de Belfort...

Rivierre. Il y a deux petits ruisseaux, mais sont à la communautey et y pesche chacun et ne se relaissent point.

Subjects estrangers audit Chevremont.....

Différends et débats avec leurs voisins.....

(*Reliqua desiderantur.*)

[1] On voit dans le *liber marcarum* de l'évêché de Bâle, dressé en 1441, que Chevremont a une église paroissiale sous l'invocation de l'exaltation de la sainte croix; que dans cette église, qui sert à Chevremont et à Fontenelle, il y a deux autels latéraux : l'un dédié à sainte Catherine et ayant une chapellenie à la collation de MM. Kinglin, à Epert, l'autre dédié à sainte Ursule et aux onze mille vierges et pourvu également d'une chapellenie à la collation du curé et des paroissiens. La collation de l'église de Chevremont appartenait à l'abbé de Corneux, près de Gray (Haute-Saône), et auparavant à l'abbé de Belchamp, près de Montbéliard (Doubs).

TERRIER DE 1742.

MAIRIE DE CHÈVREMONT.

L'an 1742 et le 21 mai, nous, François Noblat, commissaire nommé pour la confection du papier terrier des droits, rentes et revenus du comté de Belfort, ... sommes transporté au village de Chevremont, chef-lieu de la haute Assise du comté de Belfort, en la maison de Jean-Jacques Paitet, où estoient assemblés par nos ordres les bourgeois et habitants sujets de ladite mairie, auxquels nous avons fait donner lecture des lettres de terrier à nous adressées, des ordonnances par nous données en conséquence, le tout dûment publié où besoin a été, et pour y satisfaire de la part des comparants.

Ils nous ont dit, déclaré, avoué et confessé, comme par ces présentes ils avouent et confessent pour eux et leurs successeurs, qu'ils sont, en leur qualité de sujets de la mairie de Chevremont et de la haute Assise, vassaux de mademoiselle de Duras, à cause de son comté de Belfort ;

Que la mairie est composée du village de Chevremont, fin et finage dudit lieu, sans parler d'autres sujets dépendants de ladite mairie ès village de Petit-Croix et Bessoncourt, ensemble les biens et héritages qu'ils possèdent dans les finages desdits lieux de Petit-Croix et Bessoncourt ;

Que tous les sujets sont astreints envers la seigneurie de Belfort à toutes les mêmes et semblables servitudes, sujétions et prestations que les sujets de la grande mairie de l'Assise sur l'eau, ce qui nous a porté à faire donner aux comparants lecture à haute et intelligible voix de notre procès-verbal dressé à Danjoutin, après laquelle lecture, ils ont derechef reconnu, confessé et avoué qu'ils sont, comme les sujets de la grande mairie de l'Assise sur l'eau, jurisdiciables en première instance en la justice du bailliage de Belfort, tant pour les actions civiles et criminelles, réelles et personnelles, tenus d'obéir à tous décrets, jugemens, sentences, ordonnances et mandemens des juges et autres officiers dudit bailliage, auxquels il appartient dans ladite mairie de Chevremont toutes jurisdictions pour la police, conservation des bois et autres fonds communaux, l'audition des comptes des revenus des fabriques et ceux des communautés, l'établissement des jurés, bangards, forestiers ou gardes des bois, taxeurs de pain, vins et viande, aborneurs jurés, valets dixmaires, la réception des serments des uns et des autres, comme il est plus amplement détaillé en notre procès-verbal fait à Danjoutin ;

Qu'il appartient à mademoiselle de Duras, en ladite mairie comme en celle de l'Assise sur l'eau, toutes haute, moyenne et basse justice, toutes

amendes grosses ou petites, pour quelle cause elles puissent être édictées et à quelle somme elles puissent être prononcées, même pour délits et dégradations dans les bois communaux, sauf en toutes les gageales aux communautés, ainsi qu'il est d'usage et qu'il a été observé d'ancienneté ;

Qu'il lui appartient toutes épaves, confiscations, successions de bâtards, déshérence, trésors cachés, et généralement tous attributs de haute, moyenne et basse justice, tous droits honorifiques dans les églises paroissiales, tant à mademoiselle qu'à ses officiers, ainsi et de la même manière qu'à Danjoutin et Bermont ;

Que tous les sujets de la mairie de Chevremont sont, comme ceux de la grande mairie de l'Assise sur l'eau, attenus au droit d'éminage des halles de Belfort, au droit de scel et tabellionnage, aux corvées, au droit pour l'amas des guenilles à l'usage des papeteries, à celui de la châtrerie, à ceux pour les cabarets, boucheries, bourgeoisie et autres portés en notre procès-verbal fait à Danjoutin, ayant reconnu expressément et d'un consentement unanime lesdits comparants qu'ils sont sujets à tous lesdits droits, et dans les termes qu'ils sont rapportés en notredit procès-verbal et sous les peines mentionnées en cas de contravention, qu'ils s'y soumettent pour eux et leurs successeurs, pour être lesdits droits légitimement dus à la seigneurie de toute ancienneté ;

Qu'il appartient à mademoiselle le droit de permettre les danses ou jeux publics, et en son absence à son grand maire de l'Assise ou autre juge du bailliage, n'étant loisible à personne d'en établir sans permission, à peine de 10 livres baloises d'amende, tous droits de chasse, cours d'eau de rivière, traites des mines de fer et autres métaux, le florin d'héritance, et tous autres semblables droits qu'en la grande mairie de l'Assise sur l'eau ;

Que ladite mairie, chargée de seize livres treize sols quatre deniers pour la taille de mars, et une pareille somme pour la taille d'automne, desquelles tailles les communautés sont chargées en corps de communautés, et se répartissent sur les fonds de ladite mairie suivant des tailliers qui sont dressés de temps à autre aux frais des communautés qui doivent le paiement d'une seule et même main au receveur ou fermiers de la seigneurie ;

Que les sujets de ladite mairie doivent trois livres onze sols huit deniers balois pour le banvin de la seigneurie, qui se répartissent comme les tailles sur les fonds qui doivent y contribuer ;

Que tous et chacun des sujets de ladite mairie de Chevremont, laboureurs, manœuvres, veuves ou filles tenant ménage, doivent une poulle à la Saint-Martin de chaque année à délivrer ès mains du receveur ou fermier de la seigneurie à Belfort ;

Que les sujets de ladite mairie, à Bessoncourt, consistent en un cer-

tain nombre de places de maisons, avec leurs dépendances actuellement en état et habitées, ou en masures qui sont inhabitées avec leurs dépendances, lesquelles seront cy après reconnues pièce à pièce ;

Qu'audit Bessoncourt sont d'autres sujets venant de MM. de Montjoye, qui les ont donné par contre-échange de la seigneurie d'Hirsingue, lesquels, depuis cet échange, ont été unis à la prévôté de Belfort. Il en sera aussi fait une reconnaissance particulière ;

Qu'une troisième espèce de sujets de la seigneurie de Belfort audit Bessoncourt sont ceux qui lui appartiennent comme partiaires pour un bien dans la haute, moyenne et basse justice de la paroisse de Phaffans. Il sera pareillement fait une reconnaissance de ces sujets ;

Que dans le village de Petit-Croix sont certains sujets appartenant à MM. de Reynach de Foussemagne, et autres droits singuliers à chaque seigneur, qui seront reconnus particulièrement ;

Que dans le village de Fontenelle est une place de maison dont le sujet y résidant est de la mairie de Chevremont, tenu, comme ceux résidant audit Chevremont, à tous les devoirs et prestations envers la seigneurie de Belfort ;

Que dans le village de Chevremont est un ancien fief appelé le fief de Thavanne, relevant du comté de Montbelliard, néanmoins sous la jurisdiction de la seigneurie de Belfort, en toutes justices, servitudes et prestations, comme les autres sujets de la seigneurie, à l'exception des corvées dont ils prétendent être exempts, lequel fief est possédé par M. de Brinighoffen, qui jouit des fonds et censives composant ledit fief. Il en sera fait plus ample mention ci-après ;

Qu'il appartient aussy certains biens de fief dépendants de la seigneurie d'Essert à M. de Klinglin, à cause de la dame son épouse, lesquels sont qualifiés biens de teneurs en emphytéose, étant les emphytéotes considérés en tout comme les autres sujets de la seigneurie, à l'exception qu'ils se prétendent exempts des corvées seigneuriales ;

Qu'il appartient à mademoiselle les dixmes anciennes audit Chevremont pour un cinquième : la moitié d'icelles dixmes se partage entre le curé qui y prend les trois quarts, et la fabrique l'autre quart ; dans l'autre moitié, mademoiselle de Duras prend deux gerbes dans cinq, les trois autres appartiennent aux seigneurs d'Essert ; que les dixmes se perçoivent à la même quotité et de toutes espèces de grains, légumes et chanvre, comme dans la mairie de l'Assise sur l'eau, sans aucune exemption ni franchise de dixmes, à savoir : que les dixmes se perçoivent à la dixième gerbe de toutes espèces de grains, légumes et chanvre, à l'exception du chanvre mâle qui est pour la semence, et d'un journal et demi de champ semé en légumes par chacun de ceux qui sèment ; que

les gerbes se rapportent d'un champ à l'autre jusques au dernier du la-
boureur, auquel, s'il s'en trouve sept de reste et que le dixmaur
trouve le premier, il en prend une ; si, au contraire, c'est le laboureur
il les enlève toutes : s'il y en a huit, il doit en lâcher une pour la dixme.
Le laboureur semant un demi journal de navettes seulement, n'en
point de dixme, mais bien s'il en semait au delà ;

Qu'à raison de cette portion de dixmes qui compète à mademoi-
dans la paroisse de Chevremont, elle n'est tenue à aucun entretien
chœur de l'église paroissiale, fourniture d'ornements, ni vaisseaux
crés, non plus qu'au presbytère et portion congrue au curé ;

Qu'il appartient à la seigneurie de Belfort plusieurs fonds, dont la re-
connaissance sera faite ci-après ;

Qu'au sieur grand maire appartient, à cause de son office sur le finage
de Chevremont, un pré d'environ un demi-quart au lieu dit sous Che-
vremont, les hoirs Thomas Hugenot au levant, la terre d'Essert au cou-
chant, le réel communal au midi et lesdits hoirs Hugenot éliminaient
plusieurs quartales en avoine, affectées sur des héritages qui seront dé-
taillés et reconnus ci-après ;

Que le maire de la haute Assise est provisionné par le seigneur à vie
ou à bon plaisir, et jouit des exemptions attribuées à son office. Ainsi,
et de même que les autres officiers de la terre, qu'il commande les as-
semblées et y préside, reçoit les ordres pour le service du roi et de la
seigneurie, et les fait mettre à exécution. Doivent audit maire, les pro-
priétaires de l'étang Rossive, une livre de cire ;

Que la communauté de Chevremont doit à la seigneurie un cens per-
pétuel de trois livres onze sols balois, affecté sur un terrain en nature
appelé le Magny Bonat, duquel elle jouit de temps immémorial moyen-
nant le payement dudit cens qu'elle a toujours fait exactement à la sei-
gneurie, et qu'elle se soumet de payer à l'avenir comme du passé.

Ont déclaré lesdits comparants qu'ils n'ont jamais payé de demi-
coupe de grains qu'ils vendent dans leurs maisons aux habitants du lieu,
non plus que de ceux qui se vendent chaque année aux habitants, pro-
venant des dixmes de la fabrique, comme aussi pour ceux que l'on
achète pour les semences, et qu'ils ne prétendent point en payer à l'a-
venir dans les cas ci-dessus, et qu'au surplus ils se soumettent à l'émi-
nage comme les autres sujets de la terre.

Après quoi, nous a été présenté, de la part de la communauté de Che-
vremont, les personnes de . . ., pour indicateurs des fonds et héritages
affectés au cens dû à la seigneurie, de même que des fonds propres,
auxquels avons donné le serment[1]... La présente reconnaissance faite sur

[1] Nous supprimons la partie du procès-verbal qui nous paraît sans intérêt juridique.

les déclarations assermentées par les indicateurs et possesseurs des fonds affectés audit cens, lesquels ont promis pour eux, leurs successeurs et ayant cause, de la payer à l'avenir comme du passé chaque année aux maires de la seigneurie de Chevremont, pour en faire la remise au receveur ou fermiers à Belfort.

Lesquels comparants ont signé avec nous. Fait à Chevremont, les jour et an que dessus.

Signé : NOBLAT, et BOURQUENOT, greffier tabellion.

ED. BONVALOT,
Conseiller à la Cour impériale de Colmar.

PRISE DE POSSESSION

D'UN VILLAGE SEIGNEURIAL DE L'ALSACE

EN L'ANNÉE 1728.

Cet acte notarié nous semble présenter un double intérêt. Il prouve la persistance des traditions germaniques en Alsace. Il peut servir de commentaire officiel aux formules moins explicites du moyen âge.

Le texte original est en allemand [1]. Nous en donnons une traduction littérale :

Au nom de la Très-Sainte Trinité, Dieu le Père, le Fils et le Saint-Esprit, Amen. Soit fait à savoir qu'aujourd'hui, jour daté ci-dessous, comparurent ensemble, en personne, dans le village de Behlenheim, incorporé à l'illustre noblesse de la basse Alsace [2], le noble seigneur Frédéric-François-Antoine, baron de Falckenhayn, seigneur d'Odratzheim et de Schweinheim, et au nom de très-digne et très-illustre dame Rosaline de Boisgautier, présentement supérieure du vénérable monastère de Saint-Etienne, à Strasbourg, le noble et très-digne sieur François-Joseph de Boisgautier, écolâtre et chanoine de l'illustre chapitre de Saint-Pierre-le-Vieux, déclarant : que le 9 août de l'année 1727, le susdit baron de Falckenhayn, en son nom et au nom de ses nobles successeurs et héritiers, avait vendu [3], échangé et abandonné au vénérable monastère de Saint-Etienne de Strasbourg le village de Behlenheim avec ses habitants [4], *Zwing*

[1] Archives du Bas-Rhin, H. 2635.

[2] La petite noblesse (*Ritterschaft*) de la basse Alsace formait un corps politique. Les terres immatriculées à son *directoire* comprennent quatre-vingt-onze localités, les numéros 783-873 de l'Alsace féodale.

[3] La vente fut faite pour 13,500 florins, à 60 kreutzers ou 15 batzen chacun, environ 27,000 livres tournois. Elle comprenait, en dehors des droits seigneuriaux, une ferme avec 63 3/4 arpents de terre, et quelques capitaux placés en rentes. La ferme est estimée à 1500 florins, ou 3,000 livres, les terres (à 140 livres l'arpent) à 8,925 livres; les capitaux (145 florins ou 290 livres de rente) à 5,800 livres. La souveraineté du village de Behlenheim ne coûte donc que 9,275 livres.

[4] *Das Dorf mit dessen Inwohnern.* Voilà bien l'ancienne formule, *villam...*

und Bann[1], prés, eaux, pâturages, dépendances, ce qui est sur terre et sous terre, rentes et redevances, haute et basse justice, propriétés, biens, cour et appartenances, ainsi que les capitaux placés à intérêt, tout ce dont le susdit seigneur baron de Falckenhayn, et avant lui la noble maison Holtzapfel de Hernheim, et antérieurement la noble maison de Schönau, ont longtemps joui en paisible possession[2].

Comme on avait l'intention de prendre possession de ce village avec ses appartenances et dépendances, et de recevoir en même temps l'hommage des sujets, tous les habitants furent convoqués sous le tilleul, près de l'église, par la sonnerie des cloches[3]. Alors le seigneur baron de Falckenhayn, en qualité de leur ancien souverain, les fit solennellement dégager du serment et des obligations qui les unissaient à lui, par moi soussigné, notaire de la noblesse, et les transféra à leur nouvelle seigneurie, en particulier à la susdite dame supérieure de Boisgautier, sous l'administration de laquelle ce domaine a passé.

En conséquence de quoi, la commune fait aussitôt sa soumission, et le prévôt[4], George Daul, remet au commissaire susnommé le sceptre seigneurial[5].

cum accolabus, mancipiis. Ces mots n'impliquent aucune idée de servage ou de servitude; ils ne donnent droit qu'à certains services réels ou personnels dus par les habitants.

[1] La formule *Zwing und Bann* est difficile à traduire. Elle implique la souveraineté avec tous ses droits juridictionnels, honorifiques et utiles, *plenam jurisdictionem*, comme le dit un ancien urbaire de l'évêché de Strasbourg, la justice à tous ses degrés, la nomination des officiers de justice, la protection sur les habitants, et par conséquent les tailles, etc.

[2] *In allzeit ruhiger Possess*. L'expression n'était pas très-exacte. Les paysans allaient bientôt après réclamer vingt-six arpents de terre, enlevés, vers 1710, par le seigneur au communal du village. Ils en obtinrent la restitution en 1738.

[3] Ainsi, réunion en plein air, dans le voisinage d'un lieu consacré, aux pieds de cet arbre dont l'ombrage couvrit si souvent les assemblées de nos aïeux. La sonnerie des cloches était presque partout obligatoire.

[4] *Schultheiss*. Ce fonctionnaire avait ici plutôt les attributions de l'ancien maire, la gestion du bien seigneurial, jointe à la juridiction foncière. Le véritable officier de justice à Behlenheim est l'officier (*Amtmann*) que nous appelons plus loin *bailli*.

[5] Le *Stab*, bâton de bois blanc, était pour le délégué de l'autorité seigneuriale l'insigne de son pouvoir.

Immédiatement après commence la prise de possession dans les formes suivantes :

Le susdit commissaire de Boisgautier reçoit les clefs de l'église et un cierge allumé, que le sieur Michon, curé de l'endroit, lui présente ; il va prendre place dans le meilleur banc, et met les cloches en branle [1]. On achève ensuite hors de l'église la prise de possession, en enlevant une motte de terre sur le communal, en arrachant quelques branches aux arbres, en allumant le feu [2].

Alors commença l'hommage des sujets. On leur lut d'abord ce qui suit :

« Tous les bourgeois et sujets de Behlenheim doivent promettre et jurer d'accorder au vénérable monastère de Saint-Etienne de Strasbourg, comme à leur gracieux souverain, hommage,

[1] Le baron de Falckenhayn n'était ni collateur, ni décimateur de l'église de Behlenheim. Les cérémonies décrites dans notre texte ne concernent donc que les droits qui compètent à l'acquéreur en qualité de souverain temporel.

[2] *Durch Ausstechung eines Allmen-Stückes, Uberreichung etlicher Zweige von den Baümern, und Anzündung des Feuers.* Rien de plus commun dans les formules de Marculphe que la transmission d'une propriété par des symboles analogues, par la remise d'une touffe de gazon (*per herbam*), d'une motte de terre (*per terram*), d'un pied de vigne (*per vitem*), de la porte d'une maison (*per portas et per ostia*). La vente se faisait ainsi, dans notre province, de bouche et de la main (*mit Hand und mit Munde*). Le retrait colonger, ou l'expropriation, recourait au même cérémonial symbolique. « Le maire de Neugartheim, accompagné de deux colongers, se rend à trois reprises, à des intervalles de quinze jours, sur le bien du délinquant. Si le bien est une vigne, il en déterre chaque fois un cep ; si c'est un champ, il y creuse chaque fois un trou avec sa pioche. » Voir mes *Paysans de l'Alsace*, p. 239.

Remarquons toutefois que dans notre pièce il s'agit moins d'une cession de propriété foncière que d'une cession de souveraineté. De là la mention du feu ; de là l'enlèvement d'une motte de terre sur le *communal*.

Dans ses *Antiquités du droit germanique* (Göttingen, 1854, 2e éd.), p. 110 et suivantes, Grimm constate, par une foule d'exemples empruntés aux lois barbares et aux documents les plus anciens du moyen âge, l'existence et la signification de ces divers symboles. Il parle aussi du feu (p. 194, 195), mais en peu de mots. Notre charte peut enrichir avec bonheur la liste assez restreinte des textes qu'il rapporte. L'ouvrage de Grimm et les travaux de ses imitateurs français sont entre les mains de la plupart de nos lecteurs ; nous aimons mieux y renvoyer, que de déployer à leurs dépens une érudition aussi facile qu'inutile.

fidélité et obéissance, de le reconnaître comme leur seigneur légitime, de soutenir ses intérêts, de prévenir et empêcher ce qui lui serait dommageable, autant qu'il est en leur pouvoir, de se soumettre docilement à ce qu'il ordonne ou défend ; de même ils doivent lui donner fidèlement, diligemment et en temps opportun, tout ce qui revient à l'autorité, ne faire aucune réunion secrète, aucune cabale contre l'autorité [1], dénoncer sans retard tous les crimes contre les commandements de Dieu et de l'autorité, afin que le mal soit puni, et qu'au contraire la probité soit encouragée, la bonne paix et l'union maintenues entre tous. En résumé, chacun jurera de faire tout ce que des sujets dévoués et obéissants doivent faire à leur souverain, selon les inspirations que chacun trouvera surtout dans sa propre conscience [2]. »

Là-dessus, les sujets répétèrent au susdit commissaire, les doigts levés [3], la formule suivante du serment : « Ce qu'on nous a lu, et que nous avons entendu, nous voulons le faire fidèlement et sans fraude, avec l'aide de Dieu. »

Lorsque cela fut terminé, et que le sceptre seigneurial eut de nouveau été confié au prévôt George Daul, le sieur Mathias Fuchs, licencié en droit, bailli agréé par le directoire de la noblesse, fut confirmé, à cause de ses mérites, dans ses fonctions de bailli de Behlenheim, et solennellement présenté à la commune. De même, Philippe-Jacques Mader, notaire juré et greffier de Wangen, fut présenté comme greffier. Tous les habitants donnèrent la main à ces fonctionnaires. C'est ainsi que la prise de possession et l'hommage se terminèrent par des vœux réciproques pleins de cordialité.

Les parties mentionnées en tête me requirent, en ma qualité de notaire du directoire, de prendre tout cela *ad notam et protocollum*, et d'en dresser un *instrumentum in forma authentica*.

[1] Ces derniers mots doivent sans doute leur insertion dans cette formule aux conspirations qui provoquèrent, en 1525, la célèbre guerre des Paysans.

[2] Ne serait-ce pas là un écho de ces sentiments généreux, de cette confiance dans la conscience des particuliers, qui retardèrent si longtemps la rédaction des coutumes germaniques ?

[3] On jurait en levant deux doigts, appelés pour cette raison *Schwörfinger*. Le parjure était puni par la mutilation des mêmes doigts.

C'est ce que je fis avec empressement, en souvenir de mes fonctions. Je relatai tous les faits dans une minute qui, outre les parties requérantes, fut signée par d'autres personnes, assistants et témoins, présentes à la cérémonie.

Fait dans le village de Behlenheim, mardi avant midi, le 17 août 1728.

La minute fut signée par François-Antoine, baron de Falckenhayn; François-Joseph de Boisgautier, pour et au nom du monastère et communauté de la Visitation Sainte-Marie à Strasbourg; Antoine, baron de Lerchenfeld; Antoine Rolard, licencié et chanoine de Saint-Pierre-le-Vieux; H.-N. Gelb; Jean-George Schneringer; Jean-Caspar Grau, curé de Truchtersheim; Philippe-Balthasar Häckler, curé de Pfettisheim; Gregorius Rippel, curé de Fessenheim et Northeim, prébendier de la chapelle Sainte-Catherine à la Toussaint, de Strasbourg; François-Wilhelm Michon, curé de Behlenheim et Offenheim; Mathias Fuchs, témoin; Philippe-Jacques Mader, notaire public, greffier de Wangen et du village de Behlenheim, comme témoin; George-Jacques Scheiter, receveur de l'abbaye de Saint-Estienne.

Wolfgang Courtz, *notar. ad hunc actum in specie requisitus*, avec paraphe.

HANAUER.

LE RÉGIME HYPOTHÉCAIRE AU BRÉSIL.

Une des plus importantes et des plus considérables questions du droit civil, c'est, sans aucun doute, celle du régime hypothécaire. Elle se lie à toutes les transactions mercantiles et particulières. Elle développe l'industrie, les richesses rurales, les progrès matériels du pays. Elle affermit ou annule le crédit territorial et les garanties de la propriété immobilière. Elle appelle partout l'attention des hommes d'Etat et des jurisconsultes pour l'améliorer, la perfectionner, la concilier avec la marche de la civilisation, l'esprit du siècle et les nouveaux besoins du monde.

On ne doit donc pas s'étonner qu'en Allemagne, en Ecosse, en Pologne, en Hongrie, en Suisse, dans la Belgique et la Hollande, et en France surtout, on ait tant écrit sur le régime hypothécaire ; on cherche à populariser ses notions, à traduire en lois ses doctrines nouvelles, et à réaliser des réformes profitables.

Le Brésil ne s'est point laissé distancer dans la carrière du progrès. Il a appris de l'Europe à marcher en avant, profitant des lumières qui rayonnent encore dans l'ancien monde, et qui ouvrent une voie plus large, plus philosophique et en même temps plus pratique, aux esprits studieux et aux hommes d'Etat qui, en regardant leur époque, pensent aussi à l'avenir.

Il y a peu de pays qui aient possédé un régime hypothécaire plus défectueux, plus confus et plus arbitraire que le Brésil. Il l'avait reçu de son ancienne métropole, le Portugal, comme un legs des siècles passés et de l'absolutisme inquisitorial qui avait pesé sur cette malheureuse monarchie. Il suffit d'un léger coup d'œil sur ses dispositions principales pour s'en faire une idée générale, et pour démontrer combien il importait de le réformer presque entièrement.

On avait établi deux espèces d'hypothèques qui grevaient tous les biens et toutes les propriétés individuelles : d'abord, et avec droit de priorité et de préférence pour leurs payements intégraux, celles qu'on appelait de privilége, et qui tiraient leur

force de la nature de la transaction ou de la qualité des personnes contractantes. Elle n'était point encore fixée dans une seule loi avec clarté et simplicité ; elle dépendait ainsi de l'arbitraire laissé aux tribunaux. De là la confusion et le désordre, si préjudiciables aux intérêts individuels, si nuisibles à la moralité même du pays. Développée dans une quantité étonnante de lois, décrets, alvaras, et autres dispositions législatives, elle se prêtait aux interprétations les plus absurdes.

On considérait comme garantis par des hypothèques privilégiées la créance du vendeur de matériaux pour la construction et réparation des propriétés ; le prêt d'argent pour l'achat de terres ou immeubles ; la créance de denrées ; les loyers de maisons et les droits réels ; les salaires des employés ; la dot des femmes ; les legs et droits héréditaires ; les créances d'aliments ; les honoraires des médecins ; les frais funéraires ; les améliorations de la propriété foncière ; les obligations des tuteurs et des gérants des fonds publics, et enfin les droits de l'Etat.

On ne se contentait point des cas spécifiés : on admettait[1] encore comme privilégié tout droit assimilable aux précédents par *identité de nature et de raison*. C'était un mélange indigeste de dispositions favorables à la fraude et de nature à permettre toujours l'assimilation de tout cas porté devant les juges aux cas prévus par la loi.

Après les hypothèques privilégiées venaient les hypothèques conventionnelles par écriture publique ou particulière, selon les prérogatives des personnes nobles ou anoblies. Il n'y avait point de publicité pour les unes et pour les autres ; il n'existait point de registre public pour éclairer les nouveaux contractants. Les premières en date de la convention primaient les autres intégralement. On pouvait encore stipuler valablement des hypothèques conventionnelles générales sans désignation spéciale des biens ou propriétés grevées. Rien de moins assuré pour les créanciers qu'une hypothèque, car ils ignoraient nécessairement et les priviléges existants qui leur faisaient tort, et les contrats antérieurs des particuliers investis d'un droit de préférence sur les propriétés de leurs débiteurs, et cela quand même ces propriétés leur avaient été spécialement hypothéquées.

[1] Lois du 18 août 1762 et du 20 juin 1774.

On pourrait dire qu'il existait dans le pays un crédit personnel, mais jamais on ne soutiendrait qu'il y eût un crédit territorial ou immobilier, sous cette monstrueuse législation. L'argent emprunté sur hypothèque coûtait plus cher que l'argent emprunté sans autre garantie que la responsabilité individuelle du débiteur.

On chercha à introduire des améliorations dans ce système. On commença en 1843[1] par exiger l'inscription des hypothèques conventionnelles ; la préférence fut déterminée par l'exécution de cette formalité légale. C'était un pas profitable pour la réforme nécessaire du régime, mais encore insuffisant devant l'existence et le maintien des hypothèques privilégiées occultes, toujours dispensées d'inscription. On proposa enfin, en 1854, un projet complet sur les hypothèques. Un ministre, jurisconsulte et homme d'Etat remarquable, M. Nabuco d'Aranjo[2], présenta à la Chambre des députés un travail approfondi, que l'Assemblée envoya à une commission spéciale dont nous avons eu l'honneur d'être nommé rapporteur.

La commission, le ministre, la Chambre des députés et le Sénat s'en occupèrent pendant plusieurs années avec un zèle qui leur fait le plus grand honneur. On demanda des renseignements aux juges et aux tribunaux ; on prit les avis des avocats les plus instruits et les plus pratiques ; on ouvrit, selon le système du Parlement anglais, des enquêtes pour s'instruire entièrement, et on promulgua enfin une loi[3] qui commence à régir le pays, et dont nous attendons de grands bienfaits, quoiqu'elle laisse encore à désirer, surtout par rapport à la création des banques foncières et hypothécaires, qui ont besoin, pour se développer, d'une législation spéciale et de quelques priviléges pour pouvoir étendre leurs opérations.

L'ancien régime hypothécaire a été remanié complétement. La nouvelle loi définit nettement l'hypothèque : un droit de priorité pour le payement intégral ou partiel d'une créance sur tous les biens du débiteur, ou sur la partie de ces biens affectée

[1] Loi du 21 octobre 1843.

[2] M. Nabuco d'Aranjo était ministre de la justice ; la présidence du Conseil appartenait à M. le marquis de Parana, un des hommes d'Etat les plus considérables du Brésil.

[3] Loi publiée en 1864.

spécialement à la dette contractée. Elle n'admet d'hypothèque conventionnelle que sur les immeubles; encore ceux-ci doivent-ils être désignés dans les contrats par leurs qualités, leur valeur, leurs accessoires et leurs conditions particulières. Elle fixe les priviléges et détermine les seuls biens qui leur restent affectés. Elle exige pour la validité des priviléges et des hypothèques la spécialité et la publicité la plus grande, afin qu'aucune charge ignorée ou cachée ne pèse sur les propriétés individuelles. Par le principe de la spécialité, elle a restreint les impignorations, et par celui de la publicité elle a assuré la bonne foi des contrats, multiplié les chances, pour les emprunteurs, d'obtenir de l'argent à un prix modique et régulier; en un mot, elle a élevé le crédit prédial à la hauteur au moins du crédit personnel.

La loi de 1864 est allée plus loin : elle a acclimaté au Brésil le principe germanique de la transcription des titres translatifs d'immeubles et constitutifs de tout *onus reale*. Elle ne s'est point contentée d'un extrait du titre; elle en a exigé la reproduction intégrale. Elle a donné raison aux jurisconsultes français Réal et Treilhard contre Tronchet et Préameneu (Séances du Conseil d'Etat du 3 et du 10 nivôse de l'an XII de la République). Elle a admis de préférence les doctrines propagées par MM. Wolowski et Vatimesnil qui, en 1850, dans l'Assemblée législative française, soutenaient que le droit de propriété et ses démembrements et les charges qui l'affectent devraient de toute nécessité être rendus publics, si l'on voulait que les capitalistes pussent embrasser d'un coup d'œil la situation du débiteur.

Malheureusement, la loi n'a point encore accepté le principe des endossements. Mais cela viendra lorsqu'on sera obligé de préparer une législation spéciale pour les banques hypothécaires et foncières qui tendent à s'établir dans le pays, et qui réclament du gouvernement et des Chambres parlementaires du Brésil de nouveaux moyens d'augmenter et assurer leurs opérations, si profitables aux individus et aux entreprises industrielles.

Nous nous félicitons cependant des améliorations accomplies dans un pays jeune encore, il est vrai, mais qui contient tous les éléments de prospérité et d'avenir, qui a déjà réalisé de visibles progrès, qui déploie une richesse agricole, industrielle et commerciale dont l'Europe a droit de s'étonner, qui aspire

à se placer devant le monde à la tête de tous les Etats de l'Amérique méridionale, et leur donne l'exemple salutaire de la paix et de la tranquillité matérielle et intérieure, seules conditions du progrès, de la prospérité et de la civilisation.

PEREIRA DA SILVA.

BIBLIOGRAPHIE.

I. *Etude sur le droit municipal au treizième et au quatorzième siècle en Franche-Comté, et en particulier à Montbéliard*, par A. TUETEY, archiviste aux archives de l'empire. Prix, 7 francs.

II. *De l'unité de la législation civile en Europe*, par ERNEST MOULIN, etc. Prix, 3 francs.

Nous possédons déjà des monographies importantes sur le droit municipal de plusieurs parties de notre France ; en voici une qui mérite d'être remarquée. Elle a pour titre : *Etude sur le droit municipal au treizième et au quatorzième siècle en Franche-Comté, et en particulier à Montbéliard.* L'auteur est M. Tuetey, archiviste aux archives de l'empire.

L'étude se divise en deux parties : la première traite de l'affranchissement des communes en Franche-Comté ; la seconde est consacrée à la franchise de Montbéliard en particulier. Elle se termine par une série de pièces justificatives. C'est Besançon qui inaugure le mouvement communal (entre les années 1181 et 1189). Plus tard, d'autres communes se forment : Auxonne, 1229; Salins, 1249; Dôle, 1274; Arbois, 1282; Poligny, 1288; Lons-le-Saulnier, 1293 et 1295; Gray, 1324, etc.

Un des problèmes les plus difficiles que soulève l'examen des chartes communales est celui-ci : Quelle était, à l'époque des affranchissements, la condition des habitants des villes? M. Tuetey distingue la condition des personnes urbaines de la condition des gens de mainmorte. « Les affirmations positives de plusieurs textes, dit-il, les précautions nombreuses prises afin d'assurer la liberté individuelle, le soin même avec lequel les seigneurs distinguent leurs bourgeois de leurs hommes taillables et exploitables, tout cela nous permet de conclure que les habitants des villes, lors de leur affranchissement, ne gémissaient pas sous le poids de cette servitude si pénible que l'on appelle la servitude de mainmorte. Certes, s'ils n'avaient été que les hommes taillables et mainmortables des seigneurs, ceux-ci n'auraient pas manqué de s'en prévaloir, et les concessions énoncées dans leurs chartes porteraient un tout autre caractère. Remarquons encore que les villes de la Franche-Comté, sinon toutes, au moins quelques-unes d'entre elles, jouissaient depuis

longtemps de libertés et immunités spéciales, conservées avec le plus grand soin. »

L'auteur étudie la transformation des redevances arbitraires en prestations régulières ; puis il parle de la bourgeoisie et de ses priviléges. Plusieurs pages très-intéressantes sont consacrées à l'examen des droits réservés par les seigneurs, droits de lods, de justice, de chasse et de pêche, banalités, banvin, etc.

Un des priviléges les plus importants des communes était celui d'être gouvernées par des magistrats de leur choix; les villes de la Franche-Comté eurent, elles aussi, leurs magistrats, prud'hommes, échevins, conseillers, quelquefois jurés, consuls.

La première partie du travail de M. Tuetey se termine par une esquisse sur la filiation des chartes communales; c'est ainsi qu'il est amené à la seconde partie, la franchise de Montbéliard. Ici, il nous fournit les renseignements les plus curieux; il semble qu'il affectionne particulièrement son sujet. Il groupe avec beaucoup de méthode les points saillants, donne avec mesure les détails, et met parfaitement en relief tout ce qui concerne la municipalité de Montbéliard. Nous ne nous étendrons pas davantage sur le mérite de l'ouvrage de M. Tuetey, il est amplement démontré par les récompenses obtenues : il a été couronné par l'Académie des sciences, belles-lettres et arts de Besançon; il a obtenu le prix de la section d'histoire au concours des sociétés savantes de 1864, et une mention honorable au concours des antiquités de la France.

L'unité de la législation civile en Europe, tel est le titre d'une nouvelle étude de M. Ernest Moulin, avocat à la Cour impériale de Paris. « L'unité, dit l'auteur, a été rêvée par les plus grands génies. Mais ces grands hommes n'avaient songé à établir l'unité de législation qu'au moyen de la guerre, en l'imposant après la victoire aux peuples vaincus et soumis. Aujourd'hui, il ne peut plus en être ainsi : c'est avec la paix et comme un mode d'alliance entre les peuples, qu'il faut la proposer aux nations. » Napoléon Ier à Sainte-Hélène a écrit : « Une de mes grandes pensées eût été l'agglomération, la concentration des mêmes peuples géographiques qu'ont dissous, morcelés les révolutions et la politique. J'eusse voulu faire de ces peuples un seul et même corps de nation... Après cette simplification sommaire, il eût été plus facile de se livrer à la chimère du beau idéal de

civilisation; c'est dans cet état de choses qu'on eût trouvé plus de chances d'amener partout l'unité des codes, celle des principes, des opinions, des sentiments, des vues et des intérêts. Alors peut-être, à la faveur des lumières universellement répandues, devenait-il permis de rêver pour la grande famille européenne l'application du congrès américain ou celle des Amphictyons de la Grèce, et quelle perspective alors de force, de grandeur, de jouissance, de prospérité ! Quel grand et magnifique spectacle ! » Oui, l'idée est belle, elle serait féconde en résultats. Fondre en un seul code les législations européennes, harmoniser dans une formule nette et précise les principes d'éternelle justice, ce serait là un travail qui ferait honneur à notre siècle. Que de difficultés seraient ainsi tranchées ! que de conflits évités ! quelle simplicité dans les rapports des peuples entre eux ! L'analyse des législations modernes démontre que l'œuvre ne serait pas difficile : au fond, elles sont pénétrées des mêmes principes.

M. Moulin analyse rapidement les principales dispositions des législations sur la publicité des lois, la jouissance des droits civils, la naturalisation, le domicile, l'absence, le mariage.

Vient la question du divorce. Il la suit dans toutes ses phases, ses vicissitudes. On peut même faire remarquer que le sujet du divorce occupe les deux tiers de l'ouvrage : tous les discours prononcés aux différentes époques sont reproduits en leur entier; l'auteur lui-même se livre à des discussions savantes et consciencieuses qui témoignent d'un profond savoir et d'une grande netteté d'idées. Il est d'avis que le divorce doit être rétabli. Nous serions loin de partager son sentiment. Pour moi, en théorie comme en pratique, le rétablissement du divorce serait désastreux. Le mariage est l'union la plus indissoluble par essence : elle doit toujours rester telle. L'intérêt des époux, celui des enfants, la bonne harmonie de la famille, des principes supérieurs, tout nous porte à conclure énergiquement au maintien de la législation actuelle. Défions-nous des utopies ; descendons des régions sereines de l'idéal dans le monde de la réalité, et nous verrons quels maux le divorce a produits. Au surplus, ceux qui voudraient changer notre législation auraient à lutter contre une force puissante : le sentiment public. La France n'a jamais été favorable au divorce.

M. Moulin esquisse ensuite à grands traits les différentes règles relatives à l'adultère, à la paternité, à la filiation, à l'adoption, à la puissance paternelle, à la minorité, à la tutelle, à l'émancipation, à la majorité, à l'interdiction. Puis viennent celles relatives à la distinction des biens, à la propriété, au droit d'accession, à l'usufruit, etc.; aux différentes manières d'acquérir la propriété, aux successions, aux donations entre-vifs, testaments, substitutions, aux contrats, etc.; au contrat de mariage, à la vente, à l'échange, aux petits contrats, à la contrainte par corps, au nantissement, aux priviléges et hypothèques, à la prescription.

L'étude de M. Moulin est digne d'être méditée. Les peuples tendent de plus en plus à confondre leurs intérêts, leurs ambitions, à sacrifier généreusement leurs rivalités; les barrières s'abaissent, les mêmes principes économiques et sociaux pénètrent partout. On nivelle, on égalise, on harmonise. Pourquoi ne ferait-on pas une loi unique, souveraine, pour ces nations qui sont sœurs? Comme l'a dit M. Guizot dans un passage de ses beaux Mémoires : « L'Europe est une, elle est surtout chrétienne! »

LÉONCE DE FONTAINE DE RESBECQ,
Docteur en droit, substitut du procureur impérial à Nérac.

Projet d'un code civil pour la république argentine, rédigé en exécution de la commission conférée à M. Velez Sarspield par le gouvernement national.

Parmi les garanties les plus efficaces pour affermir les nationalités, l'unité législative compte au premier rang. La France en fournit une preuve lors de la publication des derniers codes qui remplacèrent les coutumes des provinces.

Plus heureuse que l'Espagne, dont le système *foral* encore subsistant oppose des obstacles considérables à l'unité législative; plus heureuse aussi que l'Union américaine, égarée dans l'inextricable labyrinthe des lois nombreuses des divers Etats, inconvénient de premier ordre pour l'administration de la justice fédérale, la République argentine entreprend sa codification nationale en mettant à profit l'expérience des autres peuples et

la science de la législation comparée dont l'avancement est de nos jours si remarquable.

La réforme argentine débuta par le Code de commerce, circonstance incontestablement fâcheuse, puisqu'elle accrut notablement la besogne des rédacteurs, forcés de remplir la lacune que laissait l'absence d'un code civil aux dépens de l'extension de leur travail. Après le Code de commerce on vient de publier le Code rural; on s'occupe à l'heure même du Code pénal : une loi générale de mines est soumise à l'examen du congrès national.

En rendant compte du projet du livre Ier du Code civil présenté au gouvernement en juin dernier, nous croyons faire connaître une œuvre digne d'intérêt aux lecteurs de la *Revue historique de droit*.

Le nom du jurisconsulte qui a rédigé ce projet est une garantie du succès, car ce nom appartient à une des plus hautes notabilités du barreau argentin.

Le livre Ier contient la partie à la fois la plus difficile et la plus importante de la codification civile, c'est-à-dire le traité des personnes. Les lois espagnoles, dont la source était le droit romain, devaient garder bien des défauts de leur modèle. C'est en effet cette partie du droit qui a dû être le plus profondément modifiée par le changement des idées, des conditions sociales, surtout dans les pays démocratiques. « Dans la nécessité de développer le droit par la législation, dit l'auteur du projet, nous trouvant privés des avantages dont jouissait le peuple romain qui possédait une législation originale, née avec la nation, croissant avec elle, nous nous sommes crus autorisés à puiser dans le droit scientifique. »

Le projet, s'écartant du Code Napoléon et de ceux qui s'en sont inspirés, fait abstraction de la jouissance et de la perte des droits civils, de la mort civile, des droits qui procèdent des nationalités; en un mot, des droits *absolus*. Au dire de l'auteur, un code civil doit contenir des droits relatifs, soit réels, soit personnels, produisant des obligations spéciales entre des personnes déterminées. Les droits absolus, tels que la liberté, l'éligibilité, l'égalité, la sécurité et autres de la même nature, ont ce caractère spécial, que les obligations corrélatives s'adressent à l'ensemble des personnalités. Ils ne produisent aucun droit entre

les individus, ils n'entraînent pas la privation d'un droit pour ceux à qui l'obligation incombe. L'obligation, dans ces circonstances, est simplement une inaction indispensable à l'efficacité de ces droits. Cette inaction est seulement la limite des droits de chacun. Au contraire, lorsque, au droit relatif, correspond une obligation de ne pas faire, la personne obligée se trouve privée d'un droit qu'elle possédait et auquel elle renonce volontairement. D'ailleurs les droits absolus, étant protégés contre toute violation par les prescriptions du Code pénal, ne peuvent entrer qu'en partie dans le cadre de la réparation du dommage produit par un fait illicite, et alors ils se résolvent uniquement dans la prestation nécessaire pour la réparation du dommage. »

La différence entre les citoyens et les étrangers n'ayant pas de raison d'être quant à la jouissance des droits civils, le projet n'admet entre eux aucune distinction, d'accord en ceci, du reste, avec les prescriptions libérales de la constitution nationale.

Les droits politiques sont également exclus du projet comme appartenant à la vie politique et n'étant, en fin de compte, que des facultés donnant une plus ou moins large participation aux fonctions publiques.

Le titre concernant l'état civil a été également l'objet d'une suppression; mais les raisons qui la motivent ne nous paraissent pas concluantes. L'auteur croirait, dit-il, s'immiscer indûment dans les droits souverains des provinces, réglant les conditions d'inscription dans les registres, la forme de ces registres, les obligations de ceux qui sont chargés de leur conservation. Mais puisque la constitution nationale, s'écartant de la constitution de l'Amérique du Nord, a conféré au congrès national la faculté de dicter les codes, puisque cette matière appartient au civil; puisque enfin la ratification du peuple a consacré cette délimitation de la souveraineté locale ou provinciale, nul doute ne peut s'élever, il nous semble, sur la constitutionnalité d'un pareil acte de la part du congrès. Nous pensons, au reste, que cette matière doit être livrée exclusivement aux autorités civiles, ce que n'admet pas la loi de Buénos-Ayres concernant les registres civils. En introduisant cette même loi avec ou sans modifications dans le code civil national, il n'y a pas plus d'inconvénients à craindre qu'en livrant la matière aux législations locales. Tel est notre avis.

Le titre relatif à l'adoption a aussi été rayé du projet, qui s'en remet sur ce point à la libre disposition des propriétaires. Il en est de même des causes qui dispensent de la tutelle. La tutelle étant un simple mandat, l'admission des excuses doit appartenir au juge, lequel décidera suivant les circonstances.

Le privilége de la restitution *in integrum* disparaît du projet, suivant l'exemple de quelques codes qui croient pouvoir mieux protéger l'intérêt des mineurs et la stabilité des contrats par d'autres moyens plus pratiques et plus équitables.

Tous les titres concernant les personnes reçoivent dans le projet un grand développement : beaucoup de titres entièrement nouveaux sont incorporés à l'ouvrage.

Enfin la méthode suivie dans la rédaction est celle qu'adopte et soutient l'auteur du projet du code brésilien, M. Freitas.

Le livre Ier contient deux sections : la première sur les droits personnels au point de vue de la famille, finissant avec l'institution supplémentaire des tuteurs.

Cet aperçu sommaire de l'ensemble du livre Ier du Code civil de la république argentine donnera (nous l'espérons) une idée de l'esprit qui domine ce travail, en faisant connaître l'état de la science des lois dans un pays peu connu jusqu'à présent et qui mérite pourtant de l'être.

Dans une prochaine livraison, nous poursuivrons ce travail, en essayant d'analyser les plus remarquables articles du Code civil argentin. M.-R. GARCIA.

BIBLIOTHÈQUE DIPLOMATIQUE : *Le droit des neutres sur mer*, par L. GESSNER, docteur en droit[1].

« Il est à désirer qu'un temps vienne où les mêmes idées libérales s'étendent à la guerre de mer, et que les armées navales de deux puissances puissent se battre sans donner lieu à la confiscation de navires marchands, et sans faire constituer prisonniers de guerre de simples matelots de commerce ou des passagers non militaires. Le commerce se ferait alors sur mer entre les nations belligérantes comme il se fait sur terre, au milieu des batailles que se livrent les armées. »

[1] Berlin, Stilke et van Muyden ; Paris, Amyot ; Londres, Trübner, 1865; 1 vol. in-8°, XIV et 437 pages ; prix, 7 fr. 50.

Lorsque Napoléon Ier dictait ces lignes, les plaies faites au commerce du monde entier par le blocus maritime général, par le système continental, et par toutes les funestes conséquences des grandes guerres de la République et de l'Empire, étaient saignantes encore. Des principes peu dignes de notre civilisation continuaient à régir le droit international maritime. Les juges des prises anglais persistaient à invoquer les maximes surannées du *Consolato*, pour justifier les rigueurs qui ont rendu si tristement célèbre la jurisprudence de la cour de l'Amirauté. La France était loin de rompre ouvertement et complétement avec les principes des lois du seizième siècle qu'avaient sanctionnés à nouveau les célèbres ordonnances de 1681 et 1689 : *Robe ennemie confisque navire ami... Navire ennemi confisque robe amie.* Il est vrai que lorsqu'un Portalis était juge des prises, ses sentences formaient souvent un éclatant contraste avec celles des Jenkinson, Marriott, Scott, Nicholl, etc.

Cependant la Russie entraînait dès 1780, avec quelques intermittences, un groupe toujours plus nombreux d'Etats, l'Allemagne, la Prusse, la Suède, la Hollande, dans des voies plus libérales, qu'avaient commencé à frayer auparavant divers traités particuliers. C'est dans la déclaration du 26 février 1780, que le chancelier Panin avait proclamé, avec l'autorité que donne la force, le principe jusqu'alors consacré d'une manière sporadique seulement, *que le pavillon couvre la marchandise*, si bien que (à l'exception de la contrebande de guerre) les biens ennemis sous pavillon neutre sont libres. « Dès lors, nous dit un publiciste bien autorisé dans cette matière, la France, la Russie, les États-Unis d'Amérique, se mettent tour à tour à la tête de ce mouvement progressif qui, commencé pendant la guerre, se poursuit et s'étend pendant la paix. La cause de la neutralité devient peu à peu la cause de tous les États maritimes, sauf l'Angleterre; car celle-ci, confiante dans sa force, et regardant toujours son empire commercial comme indissolublement attaché au maintien de ses vieilles maximes touchant le droit de la mer, ne pourrait encore se résoudre à renoncer définitivement à aucune d'elles[1]. »

[1] M. Cauchy, dans le *Dictionnaire politique* de M. Maurice Block, article NEUTRALITÉ. Nous ne partageons pas complétement l'opinion émise

Aujourd'hui nous pouvons, sans être optimiste, saluer comme assurée, sinon comme prochaine, la réalisation à peu près complète des vœux que formulait, bien tardivement, le captif de Sainte-Hélène. C'est à la France qu'est due l'initiative de la déclaration du 16 avril 1856, qui a ouvert une ère nouvelle dans les relations internationales. On se souvient des paroles par lesquelles M. le comte Walewski introduisit cette question à la conférence du 8 : « Le congrès de Westphalie a consacré la liberté de conscience, le congrès de Vienne l'abolition de la traite des noirs et la liberté de la navigation des fleuves. Il serait vraiment digne du congrès de Paris de poser les bases d'un droit maritime uniforme en temps de guerre, en ce qui concerne les neutres. Les quatre principes suivants atteindraient ce but :

« 1° La course est et demeure abolie;

« 2° Le pavillon neutre couvre la marchandise ennemie, à l'exception de la contrebande de guerre;

« 3° La marchandise neutre, à l'exception de la contrebande de guerre, n'est pas saisissable sous pavillon ennemi ;

« 4° Les blocus, pour être obligatoires, doivent être effectifs, c'est-à-dire maintenus par une force suffisante pour interdire l'accès du littoral à l'ennemi. »

Nous croyons, avec M. Cauchy, que l'article 2 représentant le couronnement d'un progrès qui s'achève, l'article 1er est le point de départ d'un autre progrès qui commence, et qui aboutira à la liberté complète des mers, dans la guerre comme dans la paix. — On sait qu'à peu près tous les États européens ou liés à la politique européenne ont adhéré plus ou moins absolument à la déclaration du 16 avril [1]. L'Angleterre, en s'y joignant, a fait un pas décisif dans la voie du progrès et de la civilisation ; cet acte de saine politique a servi de texte aux attaques les plus violentes de l'opposition contre le ministère whig, et en particulier contre le comte Clarendon, auquel on reprochait d'avoir sacrifié les intérêts de sa patrie.

Mais si deux ou trois points capitaux sont aujourd'hui à peu

dans cet article sur le rôle à assigner à la France de l'ancien régime dans l'*Histoire du droit des neutres*. Trop longtemps la politique française a ressemblé sur ce point à celle de la Grande-Bretagne.

[1] L'Espagne, les Etats-Unis d'Amérique et le Mexique sont les seules puissances qui n'aient pas aboli la course.

près fixés, combien sont encore incertains et vagues? Que n'y a-t-il pas à faire encore pour arriver à une reconnaissance générale, universelle, seule véritablement efficace et salutaire? A côté de la pratique, la théorie a ici une belle tâche à remplir. Un vaste champ est ouvert au travail des publicistes. Le droit international maritime est une discipline récente. Mais la plupart des ouvrages qui en traitent, ceux surtout qui s'occupent du droit des neutres, sont antérieurs au dernier état des choses. C'est le cas des écrits, recommandables à des titres divers, de Hübner (qui a exercé et exerce encore une si grande influence), de Galiani, Hennings, Behmer, Martens, au siècle dernier, et dans ce siècle-ci, d'Azuni, Lampredi, Holst, Nau, Ward, Jouffroy, Tetens, Gérard de Rayneval, Wheaton, etc. Les excellents Traités de MM. de Kaltenborn, Massé, Hautefeuille, Cauchy, n'épuisent pas et ne veulent pas épuiser la matière, telle qu'elle s'impose aujourd'hui à l'homme d'État, au diplomate et au jurisconsulte. Le *Traité des prises maritimes*, de MM. Pistoye et Duverdy, ne donne au droit des gens qu'une place secondaire. Dans les *Règles internationales* de M. Théodore Ortolan, ouvrage que M. Gessner estime « incontestablement l'un des meilleurs de l'époque actuelle, » plusieurs points d'une importance capitale ont dû être laissés de côté, — ainsi la juridiction des prises... — Quant aux auteurs anglais, depuis lord Liverpool jusqu'à MM. Manning, Reddie, Wildman et Phillimore, le point de vue exclusivement national auquel ils croient constamment devoir se placer diminue de beaucoup la valeur de leurs écrits. Leur compatriote Richard Zouch, qui publiait son *Jus feciale* il y a plus de deux siècles, envisageait cette science d'un point de vue trop purement historique, il est vrai, mais cependant plus libre et plus désintéressé[1]. Nous croyons donc que M. Gessner a comblé une lacune en faisant paraître un traité spécial du *Droit des neutres sur mer*. Il y a quelques années déjà, lors de la guerre de Crimée, cet honorable publiciste nous avait donné une étude savante, bien que fort brève, sur le même sujet. Sa position doit d'ailleurs le qualifier tout

[1] Il est juste de rappeler que soit Valin, soit le savant espagnol Abreu, ont commis au siècle dernier exactement la même faute que nous reprochons aux publicistes anglais d'aujourd'hui.

particulièrement à traiter cette matière, puisque, si nous sommes bien informé, il est attaché au ministère prussien de la guerre et de la marine.

L'ouvrage que nous venons recommander aujourd'hui aux lecteurs de la *Revue historique* commence par une histoire raisonnée du droit des neutres et des questions qui s'y rattachent, dans une série d'articles préliminaires intitulés : Les origines du droit maritime international ; Histoire du droit des prises et des corsaires ; De la liberté des mers ; Des Etats neutres ; Considérations générales sur la navigation des neutres ; La navigation des neutres jusqu'à la neutralité armée de 1780 ; Les alliances de neutralité armée de 1780 et 1800 ; Des principes suivis par les États-Unis relativement au commerce des neutres ; Les droits des neutres dans les derniers temps jusqu'à la paix de Paris de 1856 ; Le droit maritime de l'époque actuelle ; Conclusions. Dans ces *Conclusions*, M. Gessner pose un certain nombre de principes reconnus constants en présence d'autres qui sont controversés, et nous fait passer ainsi à une étude approfondie et très-détaillée des questions relatives à la *contrebande de guerre*, au droit de *blocus* (qu'il appelle, par un néologisme inutile, droit de *blocade*), au *transport des marchandises neutres sous pavillon ennemi*, *et des marchandises ennemies sous pavillon neutre*, au droit de *visite*, à la *saisie*, *embargo*, *angarie ;* enfin la *juridiction des prises* fait l'objet d'un chapitre fort remarquable, où sont formulés des vœux de réforme auxquels nous ne pouvons que nous associer.

Nous suivrons, de fort loin, l'auteur dans ses savantes explorations, et cela d'autant plus volontiers que nous serons heureux de constater la parfaite indépendance avec laquelle il soutient constamment, sur chaque point, la solution libérale et réellement humanitaire, dans le sens le plus élevé de ces mots dont on fait de nos jours un si grand abus.

On sait combien la notion de la contrebande de guerre a varié. Tandis que les anciennes lois maritimes, le Consulat, le Roole d'Oléron, le droit de Wisby, les Recès de la Hanse, ne disent pas quelles marchandises doivent y rentrer, les théoriciens des seizième et dix-septième siècles, Albéric Gentil, Grotius, Bynkershoek même, ou sont obscurs et trop brefs sur cette matière, ou établissent des distinctions arbitraires

et, par conséquent, dangereuses. Ce n'est qu'à partir du seizième siècle que des traités internationaux commencent à préciser ce qui sera, entre deux pays, considéré comme étant et comme n'étant pas de contrebande. La plupart de ces traités, jusqu'en 1780, se réfèrent à la distinction de Bynkershoek. La chose en question est-elle, ou non, susceptible d'être utilisée pour la guerre ? On comprend que la définition qui en résulte est des plus élastiques, et propre à faire peser sur le commerce des neutres des restrictions injustifiables. L'Angleterre a été plus loin encore, et a mis au nombre des articles prohibés soit des marchandises dont la destination est d'ordinaire toute pacifique et qui ne sont employées à la guerre qu'accidentellement, soit des matières qui, pour devenir des instruments ou des munitions de guerre, ont encore des transformations à subir : bois de construction, métaux monnoyés, fer, cuivre, etc. En 1799, le juge W. Scott déclare contrebande le goudron, la poix et le chanvre, en alléguant faussement Vattel et Valin. Dans la dernière guerre, l'Angleterre a compris dans l'interdiction générale les chevaux, les bois de construction, les machines à vapeur, le charbon, les vivres. Nous connaissons certaines sentences de la cour de l'Amirauté, prononcées en 1854, qui ont été partout reconnues exorbitantes ; le juge Lushington n'est pas indigne de ses devanciers. Le premier lord de l'Amirauté, sir James Graham, a dit à la Chambre des communes, en réponse à une interpellation : « Il n'est pas douteux que le bois, le goudron, les cordages, la poix, ne soient de la contrebande de guerre ! » Et tel est le point de vue que s'efforcent de défendre, dans la seconde moitié du dix-neuvième siècle, des théoriciens comme MM. Wildman et Phillimore ! Hâtons-nous de dire, à l'honneur de notre civilisation, qu'ils sont seuls de leur avis. Depuis un siècle bientôt, l'Angleterre est le seul Etat qui se refuse à restreindre la notion de la contrebande aux armes et aux munitions de guerre. M. Gessner, après un savant exposé des divers systèmes, arrive, en ramenant la notion à ses éléments fondamentaux, à la solution suivante :

« Le commerce des neutres est libre partout où il n'est pas limité par les devoirs de la neutralité.

« Ces devoirs ne sont violés que lorsqu'un belligérant reçoit d'un neutre des subsides pour la guerre : un pareil subside est

contenu dans la vente des moyens de défense et d'attaque : d'*armes* et de *munitions de guerre*. »

Voilà, sauf modifications particulières en vertu de traités, la seule contrebande de guerre. C'est du reste, ainsi que l'ont fort bien établi MM. de Pistoye et Duverdy, dès longtemps la seule que connaisse le droit français, la pratique des juges français, d'accord en cela avec le code général prussien.

Maintenant ces expressions : *armes* et *munitions de guerre*, la dernière surtout, n'ont-elles pas besoin d'une définition *authentique* qui les précise ? Nous croyons, comme M. Gessner, qu'il serait fort désirable que les diverses puissances de la chrétienté, y compris l'Angleterre, s'entendissent pour fixer une liste détaillée des objets prohibés. C'est ce que réclamait dès 1803 Gérard de Rayneval.

La contrebande, ainsi définie d'une manière précise et complète, doit être seule confisquée, et non pas le reste de la cargaison, ni le navire lui-même. Bien plus, cette contrebande n'est confiscable que si le neutre est pris en flagrant délit et en haute mer.

Quant à l'étymologie de *contrebande*, ce mot signifie simplement ce qui est (apporté, introduit) *contra bannum*, *s. bandum*, (en italien *bando*), c'est-à-dire contrairement au *ban* (ordonnance, prohibition). Il n'y a nullement lieu de rattacher ce mot à l'interdit que fulminait le Pape, durant les croisades, contre ceux qui pourvoyaient les infidèles d'armes, de fer, etc.

Dans la question très-controversée des *analogues de la contrebande de guerre*, M. Gessner suit en général la théorie éminemment rationnelle de M. Hautefeuille. Cependant il ne croit pas que le navire affrété pour le transport des troupes ennemies soit toujours punissable. En effet, il résulte des principes généraux du droit que, si c'est par suite de force majeure que le neutre se trouve dans le cas de servir ainsi à l'un des belligérants, il ne doit pas pour ce fait être traité lui-même en ennemi. Le point de vue dominant dans toute cette matière doit être le devoir des neutres, et non pas l'intérêt des belligérants.

Dans le transport de dépêches ennemies, il faut, pour qu'il y ait culpabilité, que l'envoyeur aussi bien que le destinataire soient des autorités des belligérants. Le transport de dépêches envoyées par les représentants neutres auprès des belligérants

n'est pas punissable. Ce sont donc les *personnes* qui constituent ici le point décisif, et non les *lieux*. Et ici encore, il faudra, pour que le neutre soit coupable, qu'il y ait de sa part *dol* ou *faute*.

L'affaire dite du *Trent* est encore présente à tous les esprits. Un savant professeur d'Erlangen, M. Marquardsen, en a fait l'objet d'une consciencieuse monographie. On se rappelle que non-seulement l'Angleterre, mais encore la France, la Prusse, l'Autriche, protestèrent contre l'audacieuse extension de la notion d'une *dépêche ennemie* envoyée à des neutres, aux *personnes* mêmes d'agents diplomatiques, considérés comme personnification des dépêches. Le gouvernement de Washington relâcha MM. Mason et Slidell. L'Angleterre l'eût-elle fait, si elle s'était trouvée à la place de l'Amérique? Il est permis de poser cette question. M. Phillimore accorde aux belligérants le droit d'arrêter un ambassadeur en voyage, et, bien qu'il ne dise pas expressément que la chose puisse avoir lieu même à bord d'un navire neutre, l'ensemble de son raisonnement autorise à admettre que telle est bien son opinion. (M. Gessner, p. 111.)

Plus encore que les prohibitions relatives à la contrebande de guerre, le *blocus* constitue une atteinte grave à la liberté des neutres, dont le commerce est inévitablement entravé. Une pareille infraction aux principes généraux n'est justifiable que par une nécessité incontestée, attestée par la pratique constante de tous les temps et de tous les pays. C'est ce que reconnaissent franchement les grands maîtres : Grotius, Bynkershoek, Vattel, etc. Comme M. Cauchy, M. Gessner se range à leur avis plutôt que d'adhérer aux déductions très-artificielles par lesquelles la plupart des publicistes s'efforcent de trouver au *blocus* une excuse juridique. Il proclame, du reste, hautement que le blocus, pour avoir son effet, doit être réel. Bien que ce principe soit généralement reconnu, l'Angleterre a constamment pratiqué, et sur une grande échelle, le blocus fictif, soit *blocus sur papier*, en dépit des réclamations des autres puissances. Dans la guerre de 1864, le Danemark a imité cette conduite anticivilisatrice, contre laquelle les négociants de Bordeaux et de Manchester ont uni leurs réclamations à celles du commerce prussien. Des sympathies politiques pour ce petit pays engagé, par un déplorable aveuglement dans une lutte inégale, ont porté les grandes puissances occidentales à fermer les yeux sur des procé-

dés aussi nuisibles à leur commerce qu'à celui de l'Allemagne.

Peut-il y avoir un *blocus pacifique?* Comme M. Hautefeuille, comme MM. de Pistoye et Duverdy, notre auteur dit : Non! Ce nouveau moyen de nuire à son prochain, et surtout d'écraser les petits États au profit des grands, introduit dès 1827 par l'Angleterre et la France, adopté par la Russie dans un seul cas, est un véritable pas de recul dans la voie de la civilisation. Nous recommandons comme fort intéressante l'argumentation historique par laquelle M. Gessner combat le sentiment contraire soutenu par M. Cauchy et d'autres autorités non moins respectables. Au reste, la déclaration de 1856 ne reconnaît que le blocus en temps de guerre, puisqu'il y est dit expressément que ses prescriptions ne concernent que la *guerre* maritime.

Les divers principes relatifs soit aux *biens ennemis sous pavillon neutre*, soit aux *biens neutres sous pavillon ennemi*, font l'objet d'analyses juridiques extrêmement soignées, qui nous paraissent être des meilleures pages du livre entier. Ici c'est naturellement au point de vue de Hübner que M. Gessner se place, avec tous les modernes, sauf Wheaton et les Anglais, dont les arguments sont soumis à une critique serrée, mais toujours courtoise.

Le *droit de visite* en temps de guerre est fondé sur une pratique constante et universelle qui ne fait d'ailleurs que reconnaître la force des choses, puisque sans un droit pareil les restrictions internationales imposées à la navigation des neutres seraient absolument illusoires. Mais ce droit doit être entouré de formalités suffisamment déterminées et rigoureuses pour que tout arbitraire soit impossible. Bornemann et Pœhls vont jusqu'à la nier absolument, à défaut de conventions spéciales ; leur principal argument, c'est qu'il est injustifiable en droit naturel ; et M. Gessner n'a pas de peine à les réfuter. Mais il en est autrement du prétendu droit de visite en temps de paix que réclament les Anglais et en particulier M. Phillimore. Notre auteur se joint ici à MM. Hautefeuille, Ortolan, Kaltenborn, pour combattre cette prétention exorbitante, que le prétexte de l'abolition de la traite des noirs et de l'extermination des pirates ne saurait aucunement justifier, et qui ne peut être tolérée par les autres puissances. On se rappelle les conflits qui eurent lieu à ce sujet entre la Grande-Bretagne et les États-Unis, et auxquels mit fin le traité de Washington (1842).

Quant à l'étendue et à la portée du droit de visite, M. Gessner va plus loin que Gérard de Rayneval et M. Hautefeuille, dont le dernier surtout le restreint outre mesure. L'étendue de la visite doit dépendre des soupçons auxquels le navire donne lieu. Vouloir le limiter dans tous les cas à l'examen des papiers du bord, serait trop souvent le rendre illusoire.

En ce qui concerne le *convoi*, il est à peine nécessaire de signaler que M. Gessner se joint à tous les publicistes français et allemands pour condamner l'étrange manière dont les Anglais (et Wheaton qui les suit trop souvent) traitent et jugent les questions y relatives.

C'est surtout en traitant de la *juridiction en matière de prises* que notre savant auteur fait preuve d'un esprit hautement libéral et éclairé. Il réclame une réforme complète de cette partie du droit public. Non-seulement il veut que la juridiction des prises soit régie par les principes de la *loi internationale*, mais il demande encore qu'elle soit confiée à des *tribunaux internationaux*.

«..... Les tribunaux des prises sont chargés de déduire les droits et les devoirs des neutres des principes généraux de la jurisprudence internationale. C'est donc d'après ces principes seulement que l'on doit décider si les neutres capturés ont ou n'ont pas commis un acte punissable. C'est d'abord la loi spéciale, les traités existants entre le souverain du neutre et celui du capteur, qui doivent être pris en considération. A défaut d'une telle loi spéciale et de traités, on applique la loi générale, le droit international commun...

«..... Le droit public maritime ne nous paraît pas pouvoir reposer sur des bases solides, tant que les tribunaux chargés de les faire respecter ne seront pas *vraiment internationaux* par leur composition, comme ils le sont déjà par leur destination; tant qu'on n'aura pas de garanties que leurs décisions seront dictées par l'esprit du droit des gens, et non pas inspirées par des considérations d'intérêt national. Ces garanties, un tribunal national ne les offre pas; il y a presque inconséquence à demander à un tribunal de juger d'après les principes internationaux des ressortissants de puissances étrangères. L'histoire est là pour nous apprendre les nombreuses violations auxquelles cette organisation a donné lieu; et il nous semble que plus les

relations internationales deviennent fréquentes et régulières, plus aussi devient urgente une réforme de la constitution des tribunaux des prises.

« Nous reconnaissons que la théorie n'a pas encore fait tous les travaux préparatoires d'une telle réforme. Mais la position n'était pas plus avantageuse pour l'abolition de la course : bien peu de publicistes avaient fait entendre leur voix pour la réclamer; personne ne croyait jusqu'au commencement de la dernière guerre d'Orient qu'elle allait s'accomplir. Dix ans avant cette abolition, le plus zélé défenseur du droit des neutres, le plus ardent adversaire des lettres de marque, M. Hautefeuille, pouvait encore écrire : « L'opinion généralement adoptée sur l'uti-« lité de la course contre l'ennemi, et *surtout pour atteindre le « but non avoué, mais réel, la ruine des nations neutres*, empê-« chera toujours *certaine nation* de l'Europe de consentir à l'a-« bolition d'un usage sur lequel elle fonde sa grandeur mari-« time... Jamais, sans doute, l'Angleterre n'eût consenti à « abandonner une arme qu'elle regarde comme indispensable à « sa grandeur... » (Hautefeuille, I, p. 340-342.)

« Quoi qu'il en soit, un peu plus tôt ou un peu plus tard, une réforme de la juridiction des prises est inévitable. Malheureusement le droit public maritime ne peut se donner pour tâche de faire disparaître les maux de la guerre sur mer ; mais il doit s'efforcer de les réduire, de leur ôter leur caractère de cruauté et de spoliation. La guerre aura toujours son droit particulier : il s'agit avant tout de le faire reconnaître généralement et de le faire respecter par les puissants, surtout dans leurs rapports avec les faibles... Si l'ennemi lui-même est protégé par le droit des gens, à combien plus forte raison doivent l'être les nations amies et par conséquent les nations neutres? C'est à l'égard de celles-ci que l'arbitraire et l'égoïsme national des belligérants sont le moins excusables. Les progrès considérables qu'a faits le droit maritime dans les derniers temps nous prouvent que ces principes ont pris racine chez toutes les nations chrétiennes et civilisées. Il nous est donc permis d'espérer que le premier congrès qui réunira les principales puissances fera faire au droit maritime un nouveau pas vers son achèvement. »

C'est par ces sages et nobles paroles que M. Gessner clôt ses savantes recherches. Nous partageons ses espérances, et nous

croyons que lorsqu'elles seront réalisées, il y aura contribué pour une bonne part.

ALPHONSE RIVIER,
Docteur en droit, professeur à l'Université de Berne.

Jurisprudence des chemins de fer, Recueil spécial des décisions judiciaires et administratives contentieuses rendues pendant l'année 1864, revues, classées et annotées par AUGUSTE PINEL, docteur en droit, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation; 2e année. — Paris, imprimerie centrale des chemins de fer de Napoléon Chaix et Ce, rue Bergère, 20. 1865.

M. Auguste Pinel, docteur en droit, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, fait paraître un recueil périodique sous ce titre. L'utilité d'un tel travail est évidente : il dispense d'aller péniblement rechercher dans les recueils de jurisprudence générale les décisions relatives aux chemins de fer, de les coordonner pour embrasser d'un coup d'œil la jurisprudence qu'elles constituent. Non-seulement le jurisconsulte a besoin de ce livre, mais les personnes les plus étrangères à la théorie comme à la pratique du droit peuvent y recourir. On n'a jamais voyagé autant que de nos jours, et la facilité des communications est supérieure, sans aucun doute, à celle des relations qu'elles engendrent entre les entreprises de transport et les voyageurs ou les expéditeurs. Le monopole, les difficultés inhérentes à toute affaire commerciale, font naître un nombre considérable de procès.

Le recueil dont nous parlons offre l'excellente exécution d'une pensée fort utile. Non-seulement les arrêts de la Cour de cassation et ceux des Cours impériales, mais les jugements les plus importants sont rassemblés avec soin. Une courte notice donne sur les faits les explications qui sont nécessaires pour faire comprendre le droit. Les décisions sont rapprochées des anciens arrêts ou jugements. M. Pinel n'agit pas en arrêtiste égoïste qui ne permettrait de recourir qu'à son recueil : il renvoie aux monuments de jurisprudence générale. Enfin, il donne lui-même son avis sur les cas qui présentent quelque difficulté, et il le donne avec mesure et sûreté. Il permet ainsi de juger la rectitude de son esprit et l'étendue de ses connaissances.

M. Pinel nous promet, dans son *Introduction*, un ouvrage plus étendu que la *Jurisprudence des chemins de fer*. Nous l'attendons avec impatience, sûr d'y trouver, avec l'utilité que nous signalons dans le recueil périodique, avec les mérites que l'auteur y a montrés, une utilité plus grande, celle qui résulte de la synthèse, des mérites nouveaux, ceux que permet et qu'exige un travail de généralisation, une exposition de principes, une déduction de conséquences. C'est, surtout pour ceux qui s'intéressent aux bonnes études du droit, un vrai plaisir, que de pouvoir signaler les nouveaux écrits sur des matières nouvelles; travaux vraiment juridiques qui font passer dans le droit classique les lois récentes dont le développement de la civilisation et des sciences modernes a rendu la rédaction nécessaire.

ALBERT DESJARDINS,
Agrégé à la Faculté de droit de Paris,
Docteur ès lettres.

LETTRE

A M. ÉDOUARD LABOULAYE

AU SUJET

DES TABLES DE MALAGA.

Monsieur,

C'est sans doute grâce aux relations personnelles qui existaient entre vous, monsieur, et moi, pendant mon séjour à Paris en 1855 et 1856, que, seul parmi les juristes allemands, j'ai alors adopté vos vues sur les Tables de Malaga. Mais, quoique votre influence personnelle sur moi ait depuis longtemps cessé, je n'arrivais pas à me convaincre de l'authenticité des deux bronzes. J'ai à présent d'autant plus de raison de me féliciter de mes doutes, qu'ils m'ont conduit, je crois, à découvrir l'époque et la méthode de la fabrication de ces Tables.

Des recherches sur les affranchis m'ayant fait entrevoir que les Tables ont été fabriquées peu avant ou peu après 1550, j'ai suivi cette trace et ainsi je suis arrivé à trouver la méthode du faussaire, qui est celle de la plupart des faussaires espagnols de cette époque : l'interpolation.

L'auteur des Tables a fait usage d'un bronze authentique (probablement Salpésien), dont on trouve des restes très-évidents, quoique bien défigurés, dans le chapitre XXIX de la Table de Salpensa. Sans essayer de restituer les lambeaux de ce document original, je ne m'appliquerai qu'à montrer qu'il y a réellement des lambeaux défigurés d'une inscription romaine dans le chapitre XXIX. Je tâcherai aussi d'établir, par d'autres arguments, que les deux inscriptions ne peuvent être authentiques, et qu'elles datent du seizième siècle.

Dans cette étude, à laquelle la notice ci-jointe est consacrée, j'aurai, monsieur, à vous faire d'assez nombreux emprunts. Je serai aussi l'obligé de M. Mommsen, de M. Giraud et de mon vénérable maître M. Dirksen, quoique tous ils soient partisans de l'authenticité. Qu'on me permette de ne leur exprimer ma reconnaissance que par le présent aveu vague et général. Des citations spéciales entraîneraient des controverses et nuiraient à la lucidité si nécessaire dans une attaque dirigée contre une opinion qui a presque la force d'un dogme.

Veuillez, monsieur, faire insérer ma lettre et la notice ci-jointe dans la *Revue historique de droit*, et, en attendant, agréez, monsieur, l'expression du respect et de la gratitude de votre serviteur,

G.-M. ASHER,
Privat-docent de droit.

Heidelberg, le 11 mars 1866.

NOTICE

SUR L'ÉPOQUE ET LA MÉTHODE DE LA FABRICATION

DES TABLES DE MALAGA.

I. Pour mettre la fausseté des bronzes de Malaga hors de doute, il suffit d'examiner attentivement les deux chapitres de la Table de Salpensa qui traitent des affranchis (XXIII et XXVIII); car, malgré le soin du faussaire, quelques-unes de ses erreurs sont d'autant plus manifestes, qu'il ne disposait, pour la doctrine en question, que des sources connues avant la publication des fragments d'Ulpien, pendant que nous possédons, outre ces fragments et ceux de Dosithée, les trésors du Gajus de Vérone.

On rencontre aussi dans les dix-huit lignes des deux chapitres plus de fautes de gravure qu'on n'en trouve dans l'ensemble d'autres monuments légaux très-étendus, et la construction des phrases présente plusieurs barbarismes qui ne peuvent appartenir au temps de Domitien, temps signalé par sa latinité précieuse.

II. Nous allons commencer par la reproduction du texte des deux chapitres, puis nous procéderons à leur examen.

℞ VT QVI. C. R. CONSEQVENTVR JVRA LIBERTORVM RETINEANT

I. 14. QVI QVAEVE H. L. EXVE EDICTO. IMP. CAES. VESP. AVG. IMPVE. TITI CAES. VESPASIAN. AV.
XXIII. AVT. IMP. CAES. DOMITIANI. AUG. C. R. CONSECVTVS. CONSECVTA. ERIT. IS IN
16. LIBERTOS LIBERTASVE SVOS SVAS PATERNOS. PATERNAS QVI. QVAE IN C. R. NON
17. VENERIT. DEQVE BONIS. EORVM EARVM ET IS QVAE LIBERTATIS CAVSA INPOSITA
18. SVNT. IDEM JVS EADEMQVE CONDICIO. ESTO. QVAE ESSET. SI CIVITATE MVTATIS
19. MVTATAE NON ESSET.

℞ DE SERVIS APVD II VIR MANVMITTENDIS

II. 20. SI QVIS MVNICEPS. MVNICIPI FLAVI SALPENSANI. QVI LATINVS ERIT APVD II VIR
XXVIII. QVI. IVRE DICVNDO. PRAEERVNT. EIVS MVNICIPI SERVOM SVOM SERVAMVE SVAM
22. EX SERVITVTE IN LIBERTATE MANVMISERIT LIBERVM LIBERAMVE ESSE IVSSERIT
23. DOM NE QVIS PVPILLVS NEVE QVAE VIRGO MVLIERVE. SINE TVTORE. AVCTORE
24. QVEM QVAMVE MANVMITTAT. LIBERVM LIBERAMVE. ESSE JVBEAT. QVI. ITA
25. MANVMISSVS LIBERVE ESSE. JVSSVS ERIT. LIBER ESTO. QVAEQVE ITA. MANVMISSA
26. LIBERAVE JVSSA ERIT. LIBERA ESTO. VTI QVI OPTVME. IVRE LATINI LIBERTINI. LI
27. BERI SVNT ERVNT. TVM. IS. QVI MINOR. XX ANNORVM ERIT. ITA MANVMITTAT
28. SI CAVSAM MANVMITTENDI. IVSTA. ESSE IS. NVMERVS DECVRIONVM. PER QVEM
29. DECRETA H. L. FACTA RATA SVNT CENSVERIT.

III. Fautes de gravure :

Le mot *esse* omis		(liberave *esse* jussa),	XXVIII,	26.
Venerit,	au lieu de	*venerint*,	XXIII,	17.
Mutatis,	pour	*mutatus*,		18.
Mutatæ,	—	*mutata*,		19.
Libertate,	—	*libertatem*,	XXVIII,	22.
Optume,	—	*optumo*,		26.
Tum,	—	*dum*,		27.
Justa,	—	*justam*,		28.

IV. Latinité vicieuse, style légal barbare ou erroné.

1. *Is* (*iis ?*) *in libertas... de que bonis eorum... idem jus eademque condicio esto*. XXIII, 15-18.

Phrase éminemment vicieuse.

2. *In civitatem romanam venerit* (venerint?). XXIII, 17.

L'auteur de la Table parle d'un affranchi qui obtient la *civitas romana*. Dans cette acception, le mot *civitas* ne se combine comme ici que dans le latin barbare de Justinien [1]. En bonne latinité, *venire in aliquam civitatem* signifie : arriver sur le territoire d'une *civitas* [2].

3. *Si civitate mutatis mutatæ non esset*. XXIII, 18-19.
Si civitate Romana mutatus mutata non esset. XXII, 10-11.

Tout le monde admet que l'expression *civitate Romana mutatus* n'est pas romaine, et on a proposé de rayer le mot *Romana*. Mais, par cette émendation, rien n'est expliqué; on refuse même, en le faisant, de se rendre compte de la pensée que le mot *Romana* exprime. Cette pensée a cependant laissé plusieurs autres traces dans notre texte, et nous la saisissons en comparant les chapitres XXII et XXIII avec les sources auxquelles l'expression *civitate mutatus* a été évidemment empruntée :

Lex sociis ac nominis Latini, qui stirpem ex sese domi relinquerent, dabat, ut cives Romani fierent, ea lege male utendo, alii sociis, alii populo Romano injuriam faciebant. Nam et, ne stirpem domi relinquerent, liberos suos quibusquibus Romanis in eam con-

[1] Inst., III, 7, § 4 : *In civitatem romanam pervenire.*

[2] Dig., I, 16, loi 4, § 5 (Ulpien) : *Ingressum* (in fines provinciæ) *etiam hoc eum* (proconsulem) *observare oportet, in quam primum civitatem* VENIAT *vel applicet.*

ditionem, ut manumitterentur, mancipio dabant, libertinique cives essent; et quibus stirpes deesset, quam relinquerent, ut cives Romani fiebant. Postea, his quoque imaginibus juris spretis, promiscue sine lege, sine stirpe, in civitatem Romanam per migrationem et censum transibant. Hæc ne postea fierent, petebant legati, et ut redire in civitates juberent socios; deinde ut lege caverent, ne quis quem civitatis mutandæ causa suum faceret, neve alienaret : et, si quis ita civis Romanus factus esset. Hæc impetrata ab senatu.

(LIVIUS XLI, 8 (12).)

Sed hic totus locus disputationis atque orationis meæ, iudices, pertinet ad commune ius mutandarum civitatum : nihil habet, quod sit proprium religionis ac fœderum. Defendo enim rem universam, nullam esse gentem ex omni regione terrarum, neque tam dissidentem a populo Romano odio quodam atque discidio, neque tam fide benevolentiaque coniunctam, ex qua nobis interdictum sit, ut ne quem adsciscere civem, aut civitate donare possimus. O iura præclara atque divinitus iam inde a principio Romani nominis a maioribus nostris comparata! ne quis nostrum plus quam unius civitatis esse possit (dissimilitudo enim civitatum varietatem iuris habeat necesse est) ne quis invitus civitate mutetur, neve in civitate maneat invitus. Hæc sunt enim fundamenta firmissima nostræ libertatis, sui quemque iuris et retinendi et dimittendi esse dominum. Illud vero sine ulla dubitatione maxime nostrum fundavit imperium, et populi Romani nomen auxit, quod princeps ille, creator huius urbis, Romulus, fœdere Sabino docuit, etiam hostibus recipiendis augeri hanc civitatem oportere. Cuius auctoritate et exemplo numquam est intermissa a maioribus nostris largitio et communicatio civitatis. Itaque et ex Latio multi, et Tusculani, et Lanuvini, et ex ceteris generibus gentes universæ in civitatem sunt receptæ, ut Sabinorum, Volscorum, Hernicorum, quibus ex civitatibus nec coacti essent civitatem mutare, si qui nolussent, nec, si qui essent civitatem nostram beneficio populi Romani consecuti, violatum fœdus eorum videretur.

(CICERO, *pro Balbo* XIII, 30, 31.)

La pensée exprimée par les mots *civitate Romana mutatus se* manifeste par deux erreurs où elle se rattache.

a. Pour justifier l'expression *civitate mutari*, il faut nécessairement une mutation de cité, une expatriation, une transmigration ; car *civitatis mutatio* est synonyme à *oppidi mutatio*. En effet, tous les *civitate mutati* mentionnés dans les deux passages de Tite-Live et de Cicéron, les jeunes Latins frauduleusement naturalisés à Rome, Balbus, les anciens Sabins, les autres peuplades fixées à Rome dans les commencements de l'histoire romaine, les Tusculans, les Lanuviens, etc., sont tous venus se fondre entièrement dans le corps de la *civitas Romana*, en abandonnant ou en détruisant même les droits de leurs cités originaires.

Rien de pareil n'a lieu ici. Les anciens magistrats Salpésiens qui reçoivent le privilége de la *civitas Romana* restent à Salpensa, restent Salpésiens.

Au privilége dont la collation de la *civitas Romana* les fait jouir, et qui alla se vulgarisant de plus en plus, aucun des nombreux passages qui en parlent n'applique le terme de *civitatis mutatio*. Comment, en effet, les auteurs romains appelleraient-ils *civitatis mutatio* ce qui n'était pas une mutation de cité ?

Le fabricateur des Tables est donc tombé dans une première erreur, d'où la seconde erreur qu'il commet découle naturellement. Cette seconde erreur, la voici :

b. Tite-Live et Cicéron, d'accord avec les règles de la grammaire latine, appellent *civitatis mutatio* la SORTIE d'une *civitas*. Chez Tite-Live et Cicéron, la *civitas mutata* est celle d'où l'émigrant SORT, non celle où il ENTRE.

Notre auteur ne peut pas faire de même : il veut que les anciens magistrats Salpésiens soient des *civitate mutati*, et ne peut cependant pas les faire SORTIR de Salpensa, puisqu'il est évident qu'ils y restent : c'est ce qui le force à faire une *civitatis mutatio* de leur ENTRÉE dans la *civitas Romana*.

Voilà l'origine de l'étrange expression *civitate Romana mutatus*.

4. *Apud II vir (os) qui jure dicundo prœerunt ejus municipi*. XXIII, XXVIII, 20-21.

Locution contraire aux règles grammaticales. Le génitif *ejus municipii* dépend de la phrase *II viri qui jure dicundo prœerunt*. Rien de pareil ne se trouve dans les écrits authentiques des Romains.

5. *Uti qui optume (optumo) jure latini libertini liberi sunt* ERUNT. XXVIII, 26-27.

Dans les traités commerciaux d'aujourd'hui, on inscrit parfois des clauses qui garantissent, outre les avantages spécifiés dans les traités, tous les priviléges qui pourraient dans l'avenir être accordés aux nations les plus favorisées. Dans une loi romaine, une pareille clause serait monstrueuse. Notre auteur ne craint cependant pas de gratifier les affranchis latins de Salpensa non-seulement de tous les droits dont jouissent déjà les affranchis latins les plus favorisés, mais aussi d'avance de tous les priviléges dont les affranchis latins les plus favorisés pourraient être doués plus tard : *Uti qui optimo jure latini libertini liberi sunt* ERUNT.

6. *Is numerus decurionum per quem decreta h. l.* (hac lege) *facta rata sunt.* XXVIII, 28-29.

Phrase vicieuse et à peine intelligible.

V. Les doctrines des chapitres XXIII et XXVIII sont en contradiction avec les principes de la législation et de la juridiction romaines.

1. L'idée mère du chapitre XXIII est un curieux produit d'une sagacité maladive.

Nous avons déjà eu l'occasion de noter que l'auteur des Tables confond la *civitas romana* des anciens magistrats Salpésiens avec la *civitas romana* des habitants de Rome. A cette erreur, il ajoute ici celle de confondre les principes du droit privé des provinces, qui est basé sur la juridiction, avec ceux du *jus civile* de Rome, qui est basé sur la législation. Partant de ces fausses données, il arrive par des conclusions logiques aux faux résultats suivants :

a. La *civitas romana* des anciens magistrats de Salpensa entraîne, comme la *civitas romana* des jeunes Latins de Tite-Live et celle de *L. Cornelius Balbus*, une *civitatis mutatio*, un changement de patrie.

b. Ce changement de patrie a nécessairement toutes les conséquences d'une *capitis deminutio media*, il détruit donc *ipso jure* tous les droits antérieurs du *civitate mutatus*.

c. Pour que les droits ne se perdent pas complétement, il faut par conséquent que les droits antérieurs qu'on veut maintenir

dicta APUD CONSILIUM *justa causa manumissionis approbata fuerint manumissi.* (Inst. I. 6, § 4.)

L'auteur des Tables s'est figuré que le *consilium* de la loi Aelia Sentia était le conseil municipal. Gaïus, Ulpien, Théophile, lui auraient dit que c'est le conseil des vingt récupérateurs qui assistent le proconsul dans sa juridiction. Et il aurait même pu trouver dans le Digeste et dans la *Collatio* qu'il y avait un tel conseil provincial dans la province même où Salpensa était située, celle de Bætica [1]; mais ne disposant d'aucune bonne source, notre auteur est tombé dans l'étrange erreur que nous avons relevée, et il a commis aussi l'énormité d'attribuer des fonctions judiciaires aux décurions de Salpensa [2].

6. Une erreur non moins grave que les précédentes, mais un peu moins utile pour déterminer l'époque de la fabrication des Tables, est contenue dans les mots suivants :

[1] Dig., XLVII, 14, loi 1, pr. — *Collatio* XI, 6, § 1.

[2] Pour savoir ce qui était véritablement le *consilium* de la loi *Ælia Sentia*, on n'a qu'à confronter les passages suivants :

GAJUS, I, 20 : *Consilium autem adhibetur..., in provinciis... viginti recuperatorum civium Romanorum, idque fit ultimo die conventus.* — THÉOPHILUS, I, 6, § 4 (ex versione Curtii Brungensis) : *Habebatur autem hoc consilium non Romæ tantum, sed etiam, in provinciis. Coibant autem vici illi tempore conventus. Et quid est conventus? Est certum statutumque tempus litium dirimendarum gratia inventum..... conveniebant enim eo tempore et judices et litigatores. Extremo autem conventus die habebatur consilium in provinciis hunc in modum : Procedebat enim Proconsul aut Prætor et in tribunali suo consedebat unaque juxta ipsum viginti viri qui dicebantur peregrini recuperatores* (quia per eos mancipium naturalem libertatem recipiebat, — note absurde de Théophile), *et apud eos a manumittentibus allegabantur justæ causæ manumissionis.*—GAJUS, I, 41 : *Et quamvis Latinum facere velit minor XX annorum dominus, tamen nihilominus debet apud consilium causam probare et postea inter amicos manumittere.* — ULPIEN, Dig., XL, 2, l. 40 : *Illud in causis probandis meminisse* JUDICES *oportet, ut non ex luxuria sed ex affectu descendentes causas probent.* (Ce passage est du IIe livre de la monographie d'Ulpien sur la loi *Ælia Sentia*). — SUÉTONE, *Vespas.*, III : *Flaviam Domicillam duxit uxorem..... latinæ conditionis, sed mox ingenuam et civem Romanam recuperatorio judicio, patre asserente.*—SUÉT. *Domit.*, III: *Recuperatores ne se perfusoriis assertionibus accomodarent identidem admonuit.*

La loi *Ælia Sentia* n'a donc fait qu'étendre la compétence des récupérateurs de la juridiction contentieuse à la juridiction gracieuse, sans que leurs fonctions cessassent d'être judiciaires.

Dum ne.. quæ virgo mulier.. sine tutore auctore manumittat. XXVIII, 23-24.

Si ce que ce passage affirme était vrai, nous aurions ici une loi du temps de Domitien qui donnerait en Espagne de nouvelles forces à une institution déjà presque complétement émoussée à Rome cent cinquante ans auparavant, au temps de Cicéron, par des fictions légales qui en détruisaient la plupart des effets matériels. Mais ce passage, comme celui sur la *causæ probatio*, se trouve en contradiction directe avec Gajus.

Gajus, pour se rendre compte de ce qui appartenait en propre au *jus civile* de Rome, l'a comparé avec les institutions de tous les peuples civilisés soumis au sceptre romain.

Voici le résultat auquel Gajus arrive pour la tutelle des femmes :

Apud peregrinos non similiter ut apud nos in tutela sunt feminæ, sed tamen plerumque quasi in tutela sunt : ut ecce lex Bithynorum, si quid mulier contrahat maritum auctoren esse jubet aut filium ejus puberem.

Gajus, qui se préoccupe même du droit bithynien, ne pouvait se taire sur une institution extérieurement identique à la tutelle romaine, mais de beaucoup plus sévère qu'elle, si cette institution avait existé dans un municipe et avait été confirmée par une loi récente.

C'est cependant là ce que prétend le passage de la Table de Salpensa ; car à Rome, où au temps de l'empire la tutelle des femmes n'était presque qu'une vaine formalité, l'autorité du tuteur n'était requise que pour les actes suivants, énumérés par Ulpien (XI, 27) :

Si (feminæ) *lege aut legitimo judicio agant, si se obligent, si civile negotium gerant, si libertæ suæ permittant in contubernio alieni servi morari, si rem mancipi abalienent.*

La manumission de la loi Junia n'appartient à aucun de ces actes [1], qui sont tous de l'ancien *jus civile*.

La tutelle des femmes, reste des usages primitifs recueillis dans les XII Tables, est en effet entièrement étrangère à la juridiction

[1] Des personnes qui ne connaissent pas la terminologie romaine (il y en a quelques-unes même parmi les juristes allemands) pourraient songer à l'*alienatio*. Pour ces personnes, nous citons Cod. Just., III, 33, l. 9 : *Tam alienatio quam manumissio interdicta.*

prétorienne, c'est-à-dire au droit dont la latinité fait partie. S'il y avait à cette règle une exception, soit partielle, soit générale, pour ces manumissions — chose mille fois incroyable — cette exception aurait dû laisser quelques traces dans les restes si divers des monuments authentiques de la législation et de la jurisprudence romaines.

Le passage de la Table de Salpensa n'est donc qu'une imitation naïve et erronée du *jus civile*.

VI. Nous n'avons relevé que les erreurs sur lesquelles aucune controverse ne devrait être possible ; et quoique presque chaque mot des deux chapitres s'est ainsi trouvé plus ou moins entaché, une critique plus stricte ferait encore d'autres objections : fautes de rédaction, latinité douteuse, imitation boiteuse des formes romaines, etc. ; mais ce que nous avons relevé suffit amplement pour montrer que la Table de Salpensa diffère de toutes les inscriptions authentiques.

1. Les dix-huit lignes des chapitres XXIII et XXVIII contiennent huit fautes de gravure, et cela seul suffit pour condamner les Tables, car il est aujourd'hui facile de se convaincre que les inscriptions latines d'Espagne égalent en correction nos meilleurs produits typographiques.

M. Émile Hübner, jeune savant très-distingué, que l'Académie de Berlin a chargé des inscriptions d'Espagne pour son *Corpus inscriptionum latinarum*, a parcouru la Péninsule en 1860 et 1861. M. Mommsen, avec lequel M. Hübner entretenait une correspondance d'office, en a publié d'amples extraits qui remplissent 420 pages des *Monatsberichte* de l'Académie. Nous avons examiné toutes les inscriptions qui se trouvent dans les lettres de 1861, près de 400, dont la moitié environ appartient à la province romaine de *Bœtica*. En laissant de côté un petit nombre d'inscriptions imparfaitement copiées, récemment ou mal restaurées, et du moyen âge, nous n'avons pu découvrir que quatre fautes de gravure. Des yeux plus exercés que les nôtres feront peut-être monter le nombre jusqu'au double ; mais les 380 inscriptions authentiques ne contiennent certainement pas plus de fautes de gravure que les dix-huit lignes prises par nous au hasard dans l'une des deux inscriptions de Malaga.

2. Outre les fautes de gravure, nos deux inscriptions nous

présentent plusieurs barbarismes et locutions vicieuses. Ce sont des anachronismes encore plus marqués, car les défenseurs quand même des Tables pourraient attribuer la gravure fautive à quelque miracle. Mais que dire en défense des fautes de style d'une inscription rédigée à Rome ? Le temps de la rédaction est celui où l'étude de la pureté du langage était à son comble, et les inscriptions en portent l'empreinte encore plus que les livres. De toutes les inscriptions légales que nous possédons, celle *de imperio Vespasiani*, publiée treize ans avant la date qu'affiche la Table de Salpenza, est la plus élégante et la plus pure.

3. Beaucoup plus graves encore sont les reproches qui s'attachent aux doctrines que les deux chapitres enseignent. Que ne faudrait-il pas admettre pour en maintenir l'authenticité !

Des manumissions incomplètes devant des magistrats ; la tutelle des femmes étendue à ces manumissions, en contradiction avec tous les principes du droit honoraire ; des *libertatis causa imposita* dus par des personnes imparfaitement affranchies ; des décurions avec des fonctions judiciaires ; le privilége de la *civitas romana* constituant une *civitatis mutatio*, et entraînant, sans changement de domicile, la perte des droits garantis par la juridiction ; des lois que nous sommes habitués à considérer comme générales, la loi *Ælia Sentia* et la loi *Junia Norbana*, toutes les deux spécialement appropriées à la juridiction provinciale, exclues du droit municipal de Salpensa, non pas expressément, mais tacitement, et tous les légistes romains se taisant par ignorance sur ces choses si contraires aux principes généraux qu'ils enseignent.

Pour admettre tout cela comme vrai, il faudrait bouleverser complétement l'histoire du droit romain.

VII. L'énumération des centaines de fautes que nous pourrions relever dans les deux Tables impatienterait inutilement le lecteur en faisant naître son dégoût. Sans donc nous arrêter aux fautes analogues à celles que nous avons rencontrées dans l'analyse des dix-huit lignes, nous n'allons, en étendant notre examen aux deux Tables entières, observer que de nouveaux contrastes entre ces deux bronzes et tous les bronzes authentiques.

1. La Table de Malaga est le seul bronze connu qui soit gravé sur cinq colonnes.

2. Les deux bronzes se distinguent par la grossièreté de leur gravure, qui est apparemment de la même main.

3. Ils sont les seuls où se trouve le signe ℞ (*rubrica*), qui sert dans l'écriture en noir et rouge sur fond blanc pour y marquer les lignes écrites en rouge.

4. Encore plus frappante est l'abondance des lignes terminées par des mots coupés, surtout dans la Table de Malaga, qui en contient cent cinquante-sept, c'est-à-dire plus que trois fois le nombre de celles qu'on rencontre dans l'ensemble de tout ce qui nous reste de bronzes et de marbres du temps de la république libre [1].

5. Le système de mots coupés de la Table de Malaga, système syllabique et constant, n'est pas celui de la grammaire latine [2]; il est même quelquefois en contradiction manifeste avec la prononciation romaine. Le mot *cognitor*, par exemple, ne pouvait jamais être coupé par les Romains comme il l'est dans la Table de Malaga, en *cog- nitor* [3], car *gnoscere* et *noscere* n'étaient qu'deux manières d'exprimer les mêmes sons, comme *gnarus* = *narus*, *gnatus* et *natus*, *gnavus* et *navus*, *gnobilis* et *nobilis*, et

6. Outre les phrases barbares et vicieuses dont ces Tables fourmillent, on y remarque des locutions d'un cachet évidemment moderne, surtout les mots : *duæ tertiæ partes*.

Partes tertiæ non minus quam duæ [4].

Partes non minus quam duæ tertiæ [5].

7. Pendant que tous les bronzes authentiques ont été conservés par d'heureux hasards, les Tables de Malaga doivent leur parfaite conservation au soin avec lequel on les a enfouies, placées sur des briques, protégées par une toile et par un cadre surajouté.

8. Les deux bronzes sont les seuls qui se suppléent l'un l'autre, sans être des morceaux du même document.

9. La Table de Salpensa est le seul bronze de quelque étendue qui ait été découvert à une grande distance de sa destination apparente.

[1] Il n'y en a que 50 dans les *fac-simile* de M. Ritschl.
[2] Observation de M. Mommsen.
[3] Colonne IV, ligne 62-63.
[4] Chap. LXIV, col. IV, lig. 46-47
[5] Chap. LXVIII, col. V, lig. 56-57.

Les faits susdits mettant la fausseté des Tables hors de doute, il ne nous reste qu'à déterminer l'époque et la méthode de leur fabrication.

VIII. On peut affirmer avec assez de certitude que les Tables ont été fabriquées entre 1530 et 1570.

1. En supposant une date antérieure à 1530, on commettrait un anachronisme ; car il fallait que la manie des fausses inscriptions fût déjà arrivée à un haut point pour faire naître son produit le plus gigantesque, en comparaison duquel tous les autres spécimens de ces méchants jeux d'esprit, tant en Espagne qu'ailleurs, ne sont que des enfantillages.

2. Une date postérieure à 1570 serait encore moins probable, car notre auteur, homme diligent et fort versé dans les sources, ne connaissait pas les Fragments d'Ulpien, quoique publiés à Paris en 1549 et 1558. Or, le commerce des lettres avait au seizième siècle trop de vivacité pour que ces fragments ne parvinssent pas à Malaga avant 1570.

3. Les habitants de Malaga disposaient, au milieu du seizième siècle, de tout ce qui était nécessaire pour la fabrication des Tables.

a. On y avait alors les moyens de faire des fontes bien autrement difficiles que celle des Tables ; car, pendant les troubles de Malaga, vers la fin de l'année 1516, les citadins fondirent un canon d'un très-gros calibre (*ingens tormentum*).

Nous allons extraire de la biographie du cardinal Ximenès par Gomez, toute la description des troubles de 1516, parce qu'elle nous fournira plusieurs faits importants :

« Cum Malacetani olim cum Anrico Almiranto de judiciis maritimis exercendis contenderent post regis catholici mortem qui Anrico cognato patrocinabatur, occasionem nacti tribunal, furcam et quicquid hujusmodi potestatis insigne in ora maritima ille tenebat jurisconsulto Ximeneio, neque ullam senatus regii sententiam expectantes, apud quem causa tractabatur, demoliti per tumultum sunt. Nam Castellæ Almirantus, vetusto quodam majorum instituto, oræ maritimæ et navalibus præliis præfectus est et jus in nauticas homines habet. Quod si quid controversiæ nauclerís inter se aut cum vectoribus accidit, ejus consilio et judicio dirimitur. In cunctis ergo maritimis regionibus et locis

portuosis atque rerum commerciis frequentibus quales Hispalis et Malaca sunt, furcas et judices constituebat. Id illi indignum et contra publicam disciplinam esse proclamabant. Nam cum semper ad eas urbes propter maris opportunitatem homines moribus corruptis confluant assidueque nova flagitia patent, quoties per publicos lictores in jus vocabantur, Almiranti tribunal appellabant, ad quem eorum cognitionem dicebant pertinere; quare pœnas frequenter evitabant quas alioqui sub judicibus regiis erant daturi. Accedebat etiam quod militares cohortes, si quando ob aliquod crimen erant puniendæ, nunc ad Almiranti, nunc ad regis tribunal confugientes judicia eludebant. Quamobrem maritimi incolæ, ut tam gravia incommoda evitarent, hanc Almiranti potestatem prorsus tollere et evertere studebant. Sed ante omnes Malacitani in Almiranti judices tumultuosissime invecti, omnem potestatem illis ademerunt. Almirantus graviter apud Ximenium vim et contumelias conquestus est. Qui acriter Malacitanos per literas objurgat, et ut a violentia abstineant jubet. Quod si quid adversus Almirantum habeant, jus esse et judicia. Quod si potestatem adversarii verebantur, se adversus regulorum potestatem populorum asserto-rem et vindicem, quantum per leges liceret futurum. Malacitani paucis quibusdam civibus credentes qui eos ad tumultus ciendos missis ad Belgas criminationibus indurebant, authoritatem Ximenii contempserunt: et se nihil ex judicio cum Almiranto donec Carolus adveniret acturos respondent, a quo mandata habebant, ut suo jure interdum uterentur; moremque illum tyrannice inductum a littoribus suis depellerent statim universam multitudinem ad defectionem invitantes civitatem in armis esse jubent. Sed ne quid hostile Ximenius tentaret tormenta et machinas bellicas per urbis mænia dispositas ad omni conatu resistendum appararunt; idque tanta contentione et ardore, ut singuli cives *plurima vasa ærea in unum congregantes ingens tormentum conflaverint, hoc titulo superscripto :* MALACITANÆ LIBERTATIS ASSERTORES, F. L. [1].

Le passage de Gomez nous apprend, outre la fonte du gros canon, plusieurs autres faits remarquables :

[1] *Gomecii, De rebus gestis Fr. Ximenii* dans *Schottii Hispania illustrata, I,* p. 1089-1090.

b. Déjà, en 1516, nous voyons les habitants de Malaga suffisamment familiers avec les inscriptions romaines pour en imiter le style dans l'inscription de leur canon.

c. Leurs relations avec les Belges sont également dignes de note; car c'était des Pays-Bas que presque tous les ports espagnols tiraient leur cuivre [1].

d. Entre le style de Gomez (dont l'ouvrage fut d'abord publié en 1569) et celui des Tables, il y a de curieuses ressemblances : même facilité dans l'usage de la langue latine, mêmes *lapsus linguæ*, même familiarité avec la terminologie du droit romain, mêmes erreurs dans son application.

Le style du faussaire, comme celui de l'historien, est en effet rempli de ces réminiscences de la latinité scolastique qui trahissent la proximité du moyen âge.

Pour ne pas donner prise aux attaques des défenseurs des Tables, nous n'ajouterons que peu de chose aux observations que le passage de Gomez a provoquées :

e. La fureur des fausses inscriptions doit avoir été bien autrement violente en Espagne que partout ailleurs ; car de la totalité des inscriptions fabriquées, qui forment les *spuria* de Gruter, près de la moitié appartient à l'Espagne ; et encore, selon le témoignage de M. Hübner, trouve-t-on des inscriptions interpolées parmi celles d'Espagne, et surtout de Malaga, que Gruter croit authentiques [2].

f. Même en Espagne, Malaga tient un rang élevé comme patrie de faussaires en matière d'inscriptions. D'après M. Hübner, le *corpus inscriptionum* de Malaga se compose de dix-neuf inscriptions authentiques et de onze fabriquées [3], proportion très-forte même pour une ville espagnole.

g. Enfin, le système des mots coupés de la table de Malaga est, à une seule exception près, celui de la grammaire espagnole, et la seule exception s'accorde fort bien avec la prononciation espagnole du seizième siècle [4].

[1] Scherer, *Geschichte des Welthandels*, II, p. 252.
[2] *Monatsberichte der Berliner Academie*, 1860, p. 598, l. 10.
[3] *Monatsber.*, 1860, p. 596, l. 1-4.
[4] Voici l'exception : les mots *quæ, quem, quisque, quod* se coupent en *qu*-æ, *qu*-em, *qu*-isque, *qu*-od. Cela pouvait très-bien se prononcer. Car *qu* se prononçait souvent comme le mot français *cou* (p. ex. *qual, coual;*

IX. Examinons maintenant la méthode du faussaire.

Nous avons déjà dit, dans la lettre qui précède notre notice, que, comme la plupart des faussaires espagnols du seizième siècle, notre auteur a adopté une inscription authentique pour base de son travail. Ce fait est d'autant plus manifeste qu'il peut seul expliquer l'erreur d'hommes aussi distingués que M. Mommsen et M. Hübner; c'est par leur force même qu'ils ont été pris.

Car les deux bronzes contiennent un grand nombre de traits évidemment authentiques, que leur auteur, fût-il même un homme du dix-neuvième siècle, n'avait pu emprunter aux monuments publiés.

Parmi les formules et expressions, l'authenticité de plusieurs était prouvée par des découvertes trop récentes pour être connues à Malaga; pendant que plusieurs autres, dont l'authenticité ne pouvait être douteuse à des hommes pénétrés de l'esprit du droit romain, se présentaient pour la première fois.

La gravure des Tables imite (quoique sans habileté et souvent d'une manière grossière) des formes qu'on retrouve dans les meilleurs bronzes gravés. La disposition de la Table de Salpensa surtout est exactement celle de la loi Rubria, qui, cependant, ne pouvait lui avoir servi de modèle; car, au temps de la découverte des Tables, on ne possédait aucun fac-simile exact de la loi.

D'ailleurs, l'idée d'une fraude aussi colossale ne pouvait guère se présenter à l'esprit des savants spéciaux. D'abord le temps de ces fraudes est passé; on pense à autre chose aujourd'hui. Puis, de la foule des fausses inscriptions, l'immense majorité n'est que sur papier; les fausses inscriptions sur métal, plus nombreuses en Espagne que partout ailleurs, sont presque toutes sur plomb. Des faux bronzes, dont le nombre est très-restreint, aucun ne sortait des limites les plus modestes.

Tout cela explique pourquoi les soupçons si justes de M. La-

quemo, couemo ; quota, couota, etc.). La grammaire espagnole évitait cependant la coupure qui aurait placé les lettres *qu* à part. Ce qui s'explique ici, c'est le même besoin qui a fait naître le nombre énorme de mots coupés : il en fallait à tout prix au graveur, novice en ce genre de travail et homme assez gauche, qui se trouvait embarrassé dans ses cinq colonnes étroites.

boulaye n'ont rencontré parmi les savants spéciaux que le silence. L'idée de M. Laboulaye, que les Tables doivent leur origine à une fraude récente et que les textes sont purement fictifs, est à peine moins inadmissible que leur authenticité.

Il n'y a en effet d'autre chemin hors du dilemme que celui que nous allons suivre, et que nous avons déjà indiqué : nous allons prouver que le chapitre XXIX de la Table de Salpensa contient des matériaux d'origine manifestement romaine, mais que le faussaire les a misérablement corrompus.

Le chapitre XXIX est conçu ainsi :

℞ DE TVTORVM DATIONE.

29. CVI. TVTOR NON ERIT. INCERTVSVE ERIT. SI. IS. EREVE MVNICEPS MVNICIPI FLAVI SALPENSANI
XXIX. ERIT. ET. PVPILLI. PVPILLAEVE. NON ERVNT. ET. AB II VIRIS QVI I. D. P. EJVS MVNICIPI. POSTV
32. LAVERIT. VTI SIBI TVTOREM DET. EVM QVEM DARE VOLET NOMINAVERIT DVM. IS
33. A QVO POSTVLATVM ERIT. SIVE VNVM SIVE PLVRES COLLEGAS HABERIT. DE OMNIVM COLLE
34. GARVM SENTENTIA. QVI TVM IN EO. MVNICIPIO. INTRAVE FINES MVNICIPI EIVS ERIT
35. CAVSA. COGNITA. SI EI VIDEBITVR. EVM QVI NOMINATVS ERIT. TVTOREM DATO SIVE
36. IS EAVE CVIVS NOMINE ITA POSTVLATVM ERIT. PVPIL PVPILLAVE ERIT. SIVE IS A QVO
37. POSTVLATVM ERIT. NON HABEBIT. COLLEGAMQVE EIVS IN EO MVNICIPIO INTRAVE
38. FINES. EIVS MVNICIPI. NEMO ERIT. CVM. IS. A QVO ITA POSTVLATVM ERIT CAVSA CO
39. GNITA. IN DIEBVS. X. PROXVMIS EX DECRETO DECVRIONVM QVOD CVM DVAE PARTES
40. DECVRIONVM NON MINVS ADFVERINT. FACTVM ERIT. EVM QVI NOMINATVS
41. ERIT. QVO NE AB IVSTO. TVTORE. TVTELA. HABEAT EI. TVTOREM DATO QVI TVTOR H. L.
42. DATVS ERIT IS EI CVI DATVS ERIT. QVO NE AB IVSTO TVTORE TVTELA HABEAT. TAM IVSTVS
43. TVTOR ESTO QVAM SI IS C. R. ET ADGNATVS PROXVMNVS C. R. TVTOR ESSET.

1. Il est impossible d'admettre l'authenticité du chapitre XXIX tel que nous le lisons ici, puisque, toutes les autres nombreuses difficultés à part, il y a une contradiction irremédiable entre la fin du chapitre et un passage du commencement.

Le chapitre commence par dire que la *tutoris datio* aura lieu dans les cas où une personne, homme ou femme, qui n'est pas en tutelle se choisira un tuteur [1].

Le chapitre finit par les mots suivants : *Qui tutor hac lege*

[1] *Si is eave..... pupilli pupillæve non erunt* (lig. 30-31).

datus erit is ei cui datus erit quo ne ab justo tutore tutela habea tam justus tutor esto quam si is civis romanus et adgnatus proxu mus civis romanus tutor esset.

Or, il n'y a vis-à-vis des mâles que deux genres d'autorit des agnats :

a. La tutelle des enfants ;

b. La *potestas* sur les fous.

Ainsi, pour maintenir l'autorité du chapitre entier, il faudrai supposer l'une de trois choses également absurdes :

Ou 1° qu'à Salpensa les enfants choisissaient leurs tu teurs ;

Ou 2° que des hommes majeurs s'y soumettaient à la tutell d'enfants ;

Ou 3° que des hommes se soumettaient de leur propre choi à la *cura furiosorum* en choisissant eux-mêmes le curateur.

2. Autant est peu douteuse la fausseté du chapitre XXIX te que nous le lisons, autant l'est peu la présence d'un certai nombre de matériaux authentiques dans son contexte.

a. Comparons d'abord les trois formules suivantes.

TABLE DE SALPENSA, XXIX, 39-40.	EDIT DE VENAFRUM, lig. 37-38.	TABLE DE MALAGA col. IV, 44-48.
Ex decreto decurionum quod cum duæ partes decurionum non minus adfuerint factum erit.	*Ex majoris partis decurionum decreto, quod decretum ita factum erit, cum in decurionibus non minus quam duæ partes decurionum aderunt.*	*Ex decurionum co scriptorumque decre quod decretum ce eorum partes tertiæ r minus quam duæ adess factum erit.*

De ces trois formules, celle de la Table de Salpensa est beaucoup la plus élégante, tandis que celle de la Table d Malaga contient deux fautes grammaticales grossières [2].

Il est donc évident que l'auteur des Tables s'est servi, pou notre chapitre XXIX, d'une inscription authentique aujourd'hu perdue ; car l'édit de Venafrum, seule source connue qu'i aurait pu imiter, n'a été publié qu'en 1850.

[1] *Duæ tertia partes.* — *Adessent.*

b. Personne ne peut douter de l'authenticité ni des six premiers mots, ni de la fin du chapitre XXIX.

SIX PREMIERS MOTS : *Cui tutor non erit incertusve erit.*

FIN... Intrare

37-38 fines ejus municipii nemo erit cum is a quo ita postulatum erit causa co
39 gnita in diebus x proxumis ex decreto decurionum quod cum duæ partes
40 decurionum non minus adfuerint factum erit eum qui ita nominatus
41 erit quo ne ab justo tutore tutela abeat ei tutorem dato. Qui tutor hac lege
42 datus erit is ei cui datus erit quo ne ab justo tutore tutela abeat tam justus
43 tutor esto quam si is civis romanus et adgnatus proxumus civis romanus tutor esset.

Ces passages, d'une excellente latinité et d'une parfaite rédaction, ne sont évidemment pas fabriqués, mais sont d'origine romaine; et, comme la source à laquelle ils sont empruntés n'existe plus et n'a jamais été publiée, elle a sans doute été détruite par le faussaire.

c. On peut même dire avec certitude que pour le passage à la fin, qui forme les six dernières lignes et du chapitre et de la Table entière, le graveur a suivi exactement les traits du bronze romain; car en voici la preuve :

Pendant que dans la Table de Malaga le mot *cognitor* est, comme tous les autres mots, coupé d'après les règles de la grammaire espagnole en *cog-nitor*, le mot *cognita* est ici coupé d'après les règles de la grammaire latine, en *co-gnita* (lig. 38-39).

X. Il n'entre nullement dans notre dessein d'entreprendre le travail difficile et hasardeux de la restitution des fragments de la Table originale ; mais, pour justifier ce que nous venons de dire, nous allons faire une seule observation sur le texte original que le faussaire a mutilé en fabriquant son chapitre XXIX :

Si, en laissant tout ce qu'il y a au milieu du chapitre dans le doute, nous ne fixons notre attention que sur les premiers mots et ceux de la fin, nous voyons qu'ils s'accordent parfaitement; car l'un et l'autre de ces deux passages ne se rapportent pas à la tutelle permanente, mais à cette tutelle

temporaire dont parlent plusieurs lois du titre XXVI, 5, des Pandectes [1].

Les mots *cui tutor non erit* INCERTUSVE *erit* au commencement, et la formule *quo ne ab justo tutore tutela abeat* répétée deux fois à la fin, excluent également l'idée de la *datio* d'un tuteur permanent.

XI. La solution que nous avons présentée résout complétement le problème des deux bronzes.

En interpolant ses inventions dans une inscription authentique, l'auteur des Tables suivait une méthode générale au seizième siècle, et dont on possède de cette époque des exemples appartenant à Malaga même [2].

Cette interpolation explique les contrastes entre les formules de droit évidemment authentiques et les fictions les plus barbares et les plus contraires au droit romain, entre des passages d'excellente latinité et du latin presque du moyen âge, entre une multitude de mots coupés d'après les règles de la grammaire espagnole et quelques mots divisés d'après les règles de la grammaire latine. Nous comprenons ainsi comment les Tables présentent à la fois une apparence d'authenticité qui séduit le savant spécial, et font cependant naître les doutes de ceux qui, étrangers à cette discipline, osent, même dans des questions aussi spéciales et aussi difficiles, suivre leur propre raison.

Quel a donc été le but de l'auteur des Tables? Était-il ou n'était-il pas plus élevé que ceux de tous les autres faussaires?

On découvre le but de l'auteur dans cette tendance si finement observée par M. Laboulaye, d'exagérer les anciennes libertés de Malaga. Sous Domitien, que Tacite représente comme le plus atroce des despotes, les Tables nous montrent Malaga jouissant de libertés dont toute cité espagnole se serait contentée après la malheureuse journée de Villalar, où, comme dit Bescots, « les libertés de l'Espagne reçurent un coup dont elles n'allaient se

[1] V. l. 2. *Quum quidem tutores dati appellassent quidam autem non adessent, Divus Pius rescripsit, dandum* TEMPORARIUM TUTOREM *qui tutela fungatur*. Voir aussi l. 9, l. 13, pr., etc.

[2] Gruter, 48, 5; 53, 4; 1066, 11. Voir M. Hübner, *Monatsber.*, 1860, p. 598, lig. 9-10.

relever pendant des siècles. » L'auteur ne pensait pas que la découverte, que sans doute il espérait lui-même voir faire, ne serait faite que trois cents ans après sa mort, et aurait une célébrité tout autre et beaucoup plus grande que celle qu'il désirait.

Son artifice est bien celui d'un parti vaincu, il est bien celui d'un contemporain et compatriote du grand homme qui prononça le fameux adage : *Le but sanctifie les moyens.*

G. M. Asher,
Privat-docent de droit à Heidebelrg.

DE L'EFFET DES ARRHES DANS LA VENTE

SOUS JUSTINIEN.

1. On discutait encore, au temps de Vinnius et de Pothier, si la constitution de Justinien, qui attribua aux arrhes données dans la vente le caractère d'une faculté de dédit, s'appliquait aussi bien aux ventes faites sans écrit qu'à celles faites par écrit. Mais, depuis longtemps, on ne prend même pas la peine d'indiquer la raison d'en douter, et les interprètes du droit romain, en France et en Allemagne, sont arrivés sur ce point à une si imposante unanimité, que j'ai hésité longtemps à troubler cette heureuse harmonie [1].

Cependant le résultat auquel on arrive, dans l'opinion que je vais combattre, me paraît tellement contraire au principe général de la vente romaine, et en même temps à l'équité la plus simple, que je ne désespère pas d'amener à mon sentiment les esprits indépendants qui ne repoussent pas sans examen, ou n'accueillent pas avec prévention, les nouvelles solutions.

Je me sens, d'ailleurs, d'autant plus fort pour proposer une interprétation nouvelle, qu'elle ne m'est pas exclusivement propre.

2. Il y a quelques années, j'eus l'occasion de donner quelques conseils à un jeune aspirant au doctorat, M. de Wegmann [2], pour lequel j'ai depuis longtemps conçu autant d'amitié que d'estime. Nos investigations portèrent, entre autres points, sur l'innovation de Justinien au sujet des arrhes. Je combattais l'opinion vulgaire que, du reste, mon interlocuteur n'avait pas l'intention de soutenir bien fortement, et je m'attachais à lui faire adopter l'opinion de Vinnius, que je m'efforçais même d'accentuer plus vivement que son auteur ne l'a fait lui-même ;

[1] M. de Savigny pourtant a donné une interprétation particulière. Voir n. 15.

[2] M. Fernand de Wegmann, docteur en droit de la Faculté de Paris, depuis 1861, est aujourd'hui attaché à la Section du Contentieux des forêts au Ministère des Finances.

mais convaincus tous deux, quelque opinion qu'on soutienne, qu'il faut chercher la véritable pensée de Justinien dans sa constitution même, au Code, et non dans l'informe abrégé qu'en donnent les Institutes, nous arrivâmes *simultanément*, et à la seule lecture du texte, à une conviction identique et restée depuis inébranlable, sur la portée de cette célèbre innovation.

Ce n'était plus l'opinion de Vinnius ; c'était bien moins encore l'opinion généralement reçue.

3. Bien que M. de Wegmann ait modestement prétendu me laisser tout le mérite de notre commune interprétation du texte, il m'était impossible de ne pas le nommer, en en faisant ici l'exposé, et, dans cet acte de sincérité, j'avais l'exemple de mon savant et vénéré maître, M. le doyen Pellat, qui plus d'une fois, nous enseignant la probité littéraire en même temps que la saine théorie de la science, s'est fait un devoir, et certainement un plaisir tout à la fois, d'associer le nom de quelques-uns de ses meilleurs élèves à de nouvelles interprétations proposées par lui[1].

4. Après avoir exposé la difficulté même et sa source, je présenterai l'interprétation ordinaire, en indiquant ses inconséquences et son incompatibilité avec les principes ; puis viendra l'interprétation de Vinnius et Pothier, bonne en elle-même comme législation, mais manquant de base suffisante dans le texte de Justinien. Je réfuterai ensuite une opinion particulière de M. de Savigny, laquelle, malgré la grande et légitime autorité de l'illustre romaniste, me paraît moins admissible peut-être que les autres ; enfin, je proposerai l'interprétation nouvelle.

I. *Exposé de la difficulté.*

5. Justinien, dans ses Institutes (III, 23, pr.), pose le principe, admis de tout temps, que la vente se contracte par le seul consentement, c'est-à-dire « dès que les parties sont convenues du prix [et de la chose], quoique le prix ne soit pas encore payé [que la chose ne soit pas livrée] et qu'il n'y ait pas eu d'arrhes données ; car, dit-il, les arrhes sont une simple preuve que la vente est contractée [et non un élément de la formation

[1] Voyez notamment : *Propriété et usufruit*, 2e édition, 1850, p. 76, n. 87, et *Textes choisis des Pandectes*, 1859, p. 302.

du contrat][1]. — Voilà, continue-t-il, pour ce qui concerne la vente faite *sans écrit;* car, pour cette sorte de vente, nous n'avons pas innové. »

6. L'empereur passe ensuite à l'hypothèse d'une vente qui doit se faire *par écrit.* Rappelons d'abord qu'il n'y a pas de vente volontaire qui, par elle-même, doive se faire par écrit, et qu'il n'est question que de ventes au sujet desquelles les parties sont convenues de dresser un *instrumentum,* une preuve écrite, sans doute pour n'être pas exposées aux difficultés de la preuve testimoniale, ou réduites à l'aveu de leur adversaire. Et observons bien que la vente, objet d'un *instrumentum,* ne deviendra pas pour cela un contrat littéral, comme le soutient pourtant un commentateur moderne; elle prend seulement un caractère conditionnel : l'écrit est exigé *conditionis implendæ causa ;* la dernière manifestation écrite du consentement est cette condition même, toute potestative, comme on le voit.

A l'égard de ces ventes, Justinien décide « qu'elles ne sont parfaites, c'est-à-dire formées, par l'accomplissement de la condition, qu'une fois les écrits parachevés (*absoluta*), soit de la main même des contractants, soit de celle du tabellion, et que, jusqu'à ce moment, il est loisible aux parties de renoncer au contrat, sans punition aucune, *sine pœna,* s'il n'y a pas eu d'arrhes données, et, dans le cas contraire, avec cette peine pour celui qui renonce au contrat, que, si c'est lui qui les a fournies, il les abandonne, et que s'il les a reçues, il les rende au double.»

Bien entendu, quoique Justinien ne le dise pas, le dédit n'est plus possible après l'achèvement des écrits. Personne, en effet, n'a jamais prétendu le prolonger, dans ce cas, jusqu'à l'exécution, à laquelle, d'ailleurs, il n'est fait aucune allusion, ni dans les Institutes, ni dans la Constitution même, au Code.

7. Il n'y a pas la moindre difficulté, si Justinien n'a voulu parler que des ventes à faire par écrit : il a bien pu déclarer que l'abandon du projet formé, que le désistement de la promesse de vente (*pœnitentia*), serait punissable ou non, suivant que les parties l'auraient ainsi tacitement voulu, en se donnant des arrhes ou en ne s'en donnant pas. Malheureusement, l'empereur-légiste a introduit aux Institutes, comme par mégarde,

[1] Cf., loi 35, pr., D., *De contr. empt.* (XVIII, 1); — Gaïus, III, § 139.

une phrase incidente qui a fait de tout temps le désespoir des interprètes : *Sive in scriptis, sive sine scriptis venditio celebrata est...*, de sorte que son innovation, annoncée d'abord pour les ventes qui ne sont pas encore parfaites avant l'achèvement de l'écrit, s'appliquerait aussi, en définitive, aux ventes sans écrit, aux ventes parfaites par le seul consentement.

Telle est, en effet, la *première interprétation.*

8. Cette interprétation, si peu justifiable qu'elle soit selon moi, est cependant, comme je l'ai dit au commencement, adoptée en France et en Allemagne d'une façon presque unanime [1].

Je vais essayer d'en démontrer l'inadmissibilité.

9. D'abord, dans cette opinion qui semble s'en tenir aux Institutes et n'avoir nul souci de la Constitution 17, au Code (IV, 21), il y a pourtant violation de trois textes des Institutes mêmes. En premier lieu, de celui où Justinien dit : *Nam nihil a nobis in hujusmodi venditionibus [quæ sine scriptura conficiuntur] innovatum est.* En effet, ce serait une grave innovation que celle qui consisterait à introduire dans les ventes sans écrit une faculté aussi considérable que celle du dédit, moyennant un sacrifice pécuniaire plus ou moins considérable.

A cette première objection, la seule qui, à ma connaissance, ait été proposée, on répond que les mots précités de Justinien font allusion à la première phrase du texte : *Emptio contrahitur simul atque de pretio convenerit...*, et non à la seconde : *Nam quod arrhæ nomine datur, argumentum est emptionis contractæ.* Or, on ne remarque pas que cette restriction à la portée de la déclaration *nihil innovatum est* la réduit à une insignifiante naïveté. On fait dire ceci à l'empereur : « Les ventes *sans écrit* resteront ce qu'elles étaient auparavant ; nous n'y exigerons pas l'achèvement d'un écrit, » en d'autres termes : « Nous n'exigerons *pas d'écrit* dans les ventes *sans écrit.* »

En second lieu, on ne laisse plus d'application possible à ces mots du même texte : *Nam quod arrhæ nomine datur, argumentum est emptionis et venditionis contractæ.* Si les arrhes, en effet,

[1] Voyez en ce sens : Fachinée, *Controv.*, II, 28, et les anciens auteurs par lui cités ; et, parmi les modernes : MM. Varnkœnig, II, n. 489, Ducaurroy, Etienne, Ortolan, de Fresquet, Demangeat, sur le titre XXIII, liv. III, des Institutes ;—Makeldey, Molitor, Maïnz, de Vangerow et Puchta n'ont pas même soulevé la question.

sont toujours un moyen de dédit, elles ne peuvent plus être en même temps une preuve du contrat.

Enfin, on se met en opposition avec un autre texte des Institutes (III, 29, 4), où il est dit que la vente ne se dissout, même *re nundum secuta*, ou *rebus integris*, que par le mutuel dissentiment qui est, au fond, un accord des deux parties ; or, ce texte, qui a déjà le tort de ne pas excepter le cas de vente écrite, n'aurait plus d'application sous Justinien si le dédit était possible dans toutes les ventes, sauf le cas, devenu rare sans doute, de vente sans dation d'arrhes.

10. En outre, dans l'opinion qui assimile, sous le rapport du dédit, les ventes non écrites aux ventes écrites, on est obligé de permettre le dédit, non jusqu'à la perfection du contrat, puisqu'il est immédiatement parfait, mais jusqu'à l'exécution par une des parties, ce qui peut se prolonger beaucoup, s'il y a terme pour la livraison comme pour le payement. Or, dans ce résultat, il y a tout à la fois, selon moi, une inconséquence, une violation des principes et un oubli de l'équité.

Il y a une inconséquence, en ce que, en cherchant à assimiler entre elles deux ventes si différentes, on dépasse le but ; car on permet dans les ventes sans écrit, déjà parfaites, un dédit qu'on reconnaît impossible dans les ventes écrites, une fois celles-ci parfaites par l'achèvement de l'écrit. En outre, pourquoi s'arrête-t-on dans cette voie ? Pourquoi limite-t-on le dédit au premier acte d'exécution ? On devrait le permettre jusqu'à l'exécution par les deux parties, ce que personne, du reste, n'a encore soutenu.

Il y a violation des principes, car la vente accompagnée d'arrhes n'a plus rien de consensuel, dès lors qu'elle n'est parfaite que par l'exécution, *re ;* et ceux qui contestent que la vente écrite soit un contrat *littéral* font eux-mêmes de la vente non écrite un contrat *réel*, ce qui est, avec l'oubli des principes, une nouvelle inconséquence !

Enfin, il y a injustice dans une solution qui ôte toute sécurité aux contractants, pendant un temps souvent considérable, ou qui invite la partie la plus défiante à exiger des arrhes si importantes qu'elles paralysent pour l'autre l'exercice de ce prétendu droit de désistement.

Et les risques, qui restent au vendeur jusqu'à la rédaction de

l'écrit, lui resteront-ils aussi jusqu'à l'exécution dans la vente non écrite? — Voilà pourtant où l'on doit arriver, dans cette opinion, contrairement au texte formel des Institutes! (*Ib.*, § 3, *initio.*)

II. *Interprétation de Vinnius et de Pothier.*

11. Une autre opinion, infiniment plus raisonnable, s'était produite autrefois : elle avait été proposée par Vinnius et adoptée par Pothier et plusieurs autres auteurs à peu près contemporains de ceux-ci [1]. Je l'avais aussi crue la seule soutenable. Je vais l'exposer, en l'accentuant même un peu plus que ses auteurs et en réfutant les objections qu'on lui a faites indûment ; je dirai ensuite pourquoi je ne l'adopte pas.

12. Suivant Vinnius, Voët et Pothier, il faut chercher dans les ventes faites sans écrit une position analogue à celle des ventes écrites avant la perfection de l'écrit ; on aura alors une *promesse de vente sans écrit,* et, dans cette opinion, la constitution 17 devient d'un puissant secours, car sa disposition finale, celle qui contient l'innovation (et qu'il s'agirait d'appliquer aux ventes faites *sine scriptis*, comme aux ventes faites *scriptis*), indique bien qu'il ne s'agit que d'une promesse de vente attendant une confirmation ultérieure et définitive : *Illud adjicientes ut, in posterum, si quæ arrhæ super facienda emptione cujuscumque rei datæ sint, sive in scriptis, sive sine scriptis, licet non sit specialiter adjectum quid super iisdem arrhis, non procedente contractu, fieri oporteat, tamen et qui vendere pollicitus est, venditionem recusans, in duplum eas reddere cogatur, et qui emere pactus est, ab emptione recedens, datis a se arrhis cadat, repetitione earum deneganda.*

[1] Vinnius, Instit., III, 23, pr., *in fine*, et *Partitiones juris*, lib. II, cap. XIV, *in fine* ; — Pothier, *Pandectæ*, n. LI, et *Traité de la vente*, n. 508 ; — Voët, *ad Pand.*, lib. XVIII, tit. I, n. 25 ; — G. Noodt, *ad tit. De rescind. vend.* (XVIII, 5) ; — Boutaric, *Instit.*, *h. t.* pr. ; — Cl. Ferrière, *Instit.*, *eod.* — C'est à tort que M. Troplong, *Vente*, n. 138, cite comme étant du même avis : Cujas, *ad Const.*, 17, IV-21, et Domat, *Vente*, sect. VI, n. 5 : le premier se borne à paraphraser la constitution, sans soulever la question ; le second donne le texte même, sans développement. — Schrader dans sa monumentale édition des *Institutes*, *h. t.*, suit l'opinion de Vinnius.

Dans ce texte, la *facienda emptio* est bien une vente future ; *non procedens contractus*, c'est le contrat non réalisé ; *qui vendere pollicitus est, qui emere pactus est*, ce sont bien des parties qui ont promis de vendre et d'acheter plus tard, et qui refusent ensuite de tenir leur promesse : *venditionem recusans, ab emptione recedens ;* or, Vinnius soutient que de pareilles promesses peuvent se rencontrer dans des ventes dispensées d'écrit, comme dans les ventes qui ne doivent être parfaites que par écrit, et, dans les deux cas, il admet le dédit *cum pœna*, jusqu'à l'adhésion définitive qui se fera *scriptis* dans un cas, et *sine scriptis* dans l'autre ; mais il le refuse toujours, une fois le contrat parfait, et, sous ce rapport, il ne tombe pas dans l'inconséquence de l'opinion opposée, qui permet le dédit jusqu'à l'exécution dans le second cas, tandis qu'elle ne peut l'admettre dans le premier.

13. Les adversaires de Vinnius lui reprochent, à leur tour, de changer le sens des Institutes et d'y traduire *venditio celebrata est*, comme s'il y avait *venditio celebrari cœpta est*, et *adimplere contractum*, comme *perficere contractum ;* le sévère M. Ducaurroy semble même s'égayer un instant aux dépens de nos respectables auteurs Vinnius et Pothier, quand il dit : « A cet égard, le texte de Justinien est si formel, qu'on a cru ne pouvoir pas l'expliquer tel qu'il est. » En vérité, la critique est bien peu fondée ; car, dans l'hypothèse d'une vente *écrite*, M. Ducaurroy et ses partisans sont bien forcés d'entendre *celebrata est* dans le sens de *celebranda est*, au futur, et *adimplere* dans le sens de *perficere ;* à moins d'admettre le dédit, même après l'achèvement des écrits, ce qu'ils ne paraissent pas avoir jamais soutenu. Dès lors, quelle difficulté y a-t-il à donner aussi le sens futur à ces mots, dans l'hypothèse d'une vente sans écrit ? Si le même texte doit s'appliquer aux deux sortes de vente, il doit les régir dans les mêmes limites et dans les mêmes phases de leur formation.

14. Cependant je n'admettrai pas l'opinion de Vinnius et Pothier ; non qu'en elle-même elle soit mauvaise : au contraire, législativement, elle est équitable, et elle semble même avoir été reproduite par les rédacteurs de notre Code Napoléon, dans les articles 1589 et 1590. Mais cette opinion ne me paraît pas avoir été dans les intentions de Justinien, qui, selon moi (et

l'interprétation nouvelle le prouvera bientôt), n'a eu en vue que les promesses de *ventes écrites*, et n'a nullement songé aux promesses de *ventes non écrites*.

III. *Interprétation de M. de Savigny*[1].

15. Les opinions de M. de Savigny obtiennent chez nous, comme en Allemagne, une juste et considérable autorité ; aussi n'est-ce pas sans embarras que je me vois forcé de dire que celle qu'adopte ici l'illustre romaniste me semble plus arbitraire que les autres, sans être même aussi spécieuse.

M. de Savigny repousse la première opinion par le motif, développé plus haut, que, dans un contrat *parfait sans écrit*, la partie qui refuse de l'exécuter peut y être contrainte par voie d'action, puisqu'elle est liée complétement ; il repousse aussi l'opinion de Vinnius, qu'il ne présente pas, d'ailleurs, dans tout son avantage ; enfin, il propose l'explication suivante, comme « la plus simple et celle qui force le moins la lettre des textes. »

Suivant M. de Savigny, la perte des arrhes, dans la vente sans écrit, sera la peine, non du désistement, mais de la résistance d'une partie qui refuse d'exécuter le contrat. L'illustre auteur ne remarque pas qu'il est deux fois moins fidèle aux textes que ses adversaires, auxquels il reproche de les forcer.

En premier lieu, le texte de la Constitution suppose formellement que la vente est abandonnée par la *pœnitentia*, puisqu'il force le vendeur à *rendre* les arrhes par lui reçues, et qu'il refuse à l'acheteur la *répétition* des arrhes données par lui, peines qui ne se conçoivent que dans le cas où le vendeur ne doit pas toucher le prix, ou l'acheteur le payer ; or, dans l'interprétation de M. de Savigny, le vendeur ne serait jamais admis à la *pœnitentia* proprement dite, et par conséquent *ne rendrait jamais* au double les arrhes qu'il a reçues : il subirait seulement une réduction sur le prix, lequel serait toujours exigible par lui, du moment où il exécuterait ; de son côté, l'acheteur ne serait ja-

[1] De Savigny, *Obligationen-Recht*, § 79 (Voir trad. de MM. Gérardin et Josou, t. II, p. 417). — Doneau, *Comm. ad Codicem*, L. 17, IV, 21, me paraît avoir déjà soutenu, n. 16-21, l'avis que M. de Savigny a proposé.

mais puni par la perte de la répétition des arrhes (*repetitione ei deneganda*), mais par la défense de les imputer sur le prix.

En second lieu, M. de Savigny s'est départi cette fois de son scrupuleux examen des sources, quand il dit que « le texte de la Constitution 17 et celui des Institutes sont semblables. » Il y a pourtant entre eux une telle différence de rédaction, que c'est sur elle-même que je vais fonder mon explication.

IV. *Nouvelle explication.*

16. Etablissons d'abord que s'il est impossible, comme je le crois, de mettre tout à fait d'accord les deux textes de Justinien : celui des Institutes et celui du Code, c'est à ce dernier que la préférence doit être donnée.

Que sont, en effet, les Institutes ? Un simple abrégé, *brevis expositio*, des compilations justiniennes, les prétendus éléments de tout son droit nouveau : *totius elementa legitimæ scientiæ* (Proœm., §§ 4-5). Or, l'abrégé de la loi peut bien être admis à suppléer la loi elle-même, quand elle a disparu, mais non quand il est encore possible d'y recourir, comme au cas qui nous occupe. Et qu'on n'objecte pas que les Institutes ont reçu force de loi comme le Code, et qu'étant de 533, c'est-à-dire postérieures de cinq ans à notre Constitution 17, qui est de 528, elles peuvent être considérées comme l'abrogeant en ce qui s'y trouve de contraire : outre que ce serait toujours isoler l'abrégé de sa source même, je répondrais à mon tour que le nouveau Code, *Codex repetitæ prælectionis*, est lui-même postérieur d'un an aux Institutes, et que, à son tour, c'est lui qui doit l'emporter, comme plus récent, en ce qu'il a de contraire à ces dernières. Mais ce serait là un argument peu digne de la question, et si je donne la prééminence au Code, c'est bien parce que l'ouvrage élémentaire n'en est qu'un maladroit abrégé [1].

Partant de là, mon interprétation sera facilement exposée, au moyen de l'analyse des diverses parties de la constitution, et surtout par un rapprochement entre le commencement et la fin de ce document.

[1] Cette prééminence du *Code* sur les *Institutes* est admise, ici même, par M. Bugnet, dans ses notes sur Pothier (*Vente*, n. 508) : le savant professeur y adopte l'opinion de Vinnius et Pothier.

L'empereur commence par énumérer les contrats qu'il est d'usage de constater par écrit, et parmi eux il énonce la dation d'arrhes : *contractus venditionum.... dationis etiam arrharum* [1]; puis, par une interprétation légale de l'intention des contractants, il décide que désormais la rédaction de l'écrit probatoire projeté entre les parties sera considérée comme une condition suspensive de la formation même du contrat : *non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta... absoluta sint.* Il indique, à ce sujet, les divers genres d'écrits qui peuvent intervenir en pareil cas, et il fixe le moment auquel on peut les considérer comme parachevés; il ajoute que, jusque-là, aucune partie ne peut réclamer un droit quelconque en vertu du contrat projeté : *ut nulli liceat priusquam hæc ita præcesserint, aliquod jus sibi vindicare;* tellement que, malgré la fixation du prix, les parties ne sont pas tenues l'une envers l'autre, même à l'achèvement de la convention : *adeo ut nec.... necessitas imponatur.... contractum vinditionis perficere;* c'est l'idée que les Institutes expriment en ces termes : *donec aliquid deest ex his* [*instrumentis*], *et pœnitentiæ locus est et potest* [*uterque*] *sine pœna recedere;* suit une disposition transitoire pour les écrits qui se trouveront commencés, mais encore incomplets, au moment de la promulgation de la constitution : *jam scripta nundum autem absoluta.* Jusque-là, on le voit, il n'est pas le moins du monde question de vente *sans écrit.*

Arrive enfin la conclusion, le passage capital de la constitution, celui qui est relatif aux arrhes considérées comme peine du dédit ou du désistement et que j'ai relaté plus haut, n° 12 [2].

C'est ici qu'il faut tenir compte de cette proposition du début :

[1] A l'époque de Justinien, la distinction entre les contrats et les pacte munis d'actions prétoriennes est moins scrupuleusement observée qu'à l'époque des jurisconsultes. — Déjà Dioclétien avait proclamé (loi 3, C., *De act. empti,* IV, 49) que du *pactum arrhale* naissait une action personnelle; Justinien l'appelle formellement un *contrat.* On conçoit aussi que la dation d'arrhes se constatât habituellement par écrit : c'était le moyen le plus sûr pour qu'elle fût une preuve de la vente, *argumentum emptionis,* comme dit Gaïus; autrement, si elle avait été contestée elle-même, comment aurait-elle servi de preuve?

[2] La perte des arrhes, comme suite du désistement de la vente, était déjà admise à l'époque classique; mais il fallait qu'on en fût convenu (loi 6, et loi 8, D., *De lege commissoria,* XVIII, 3); et tel est le sens d'un rescrit de Dioclétien (loi 6, C., *De rescind. vend.,* IV, 44); voilà pourquoi Justinien

La dation d'arrhes est elle-même un contrat et peut se faire par écrit ou sans écrit, comme la vente elle-même dont elle est le plus souvent l'accessoire.

Joignons-y maintenant leur caractère pénal ; supposons que les parties se proposent de faire une vente par écrit, *facienda emptio*, et qu'elles se sont donné des arrhes à ce sujet : Justinien décide que la perte en sera la peine du contrevenant, du *recedens*, quelles que soient les choses données à titre d'arrhes et *qu'elles aient été données* ELLES-MÊMES *par écrit ou sans écrit : Cujuscunque rei datæ sint, sive in scriptis, sive sine scriptis*[1].

Comment n'a-t-on pas remarqué cent fois, avant nous, que Justinien n'avait nullement songé ici aux ventes sans écrit, auxquelles il n'est fait nulle allusion dans toute la constitution, et que l'alternative : *sive in scriptis, sive sine scriptis*, s'applique à la dation même des arrhes, comme si les mots *datæ sint*, au lieu d'être au milieu de la phrase, se trouvaient à la fin ? N'est-il pas évident qu'il revient ici à l'idée première que les arrhes sont elles-mêmes susceptibles de se donner *scriptis* ou *sine scriptis?*

La seule objection possible qui reste à mes adversaires est donc celle tirée du texte final des Institutes : *Sive in scriptis, sive sine scriptis, venditio celebrata est*, de ce passage contraire à celui de la Constitution qu'il paraît cependant résumer, et qui est ainsi la source de toute la difficulté.

Mais j'ai déjà établi (n° 16) qu'il est impossible de mettre en balance l'abrégé et le document original lui-même. Qu'y a-t-il d'ailleurs de si étonnant à ce que les rédacteurs des Institutes (peut-être était-ce ici Théophile seul), ayant à abréger tant de constitutions prolixes de Justinien, aient manqué *une fois* à en saisir parfaitement le sens, et qu'ils aient fait, au sujet de l'écrit

dit : *Licet specialiter non sit adjectum quid super iisdem arrhis, non procedens contractu, fieri oporteat.* — Au contraire, dans les fiançailles, la perte des arrhes données et la restitution au double des arrhes reçues étaient toujours la peine du dédit, même sans convention spéciale (loi 5, C., *De sponsalibus..... et arrhis sponsaliiis*, V, 1) : il ne faut pas s'en étonner, car promesse de mariage n'est pas de nature à pouvoir donner lieu à une poursuite tendant à l'exécution, comme la promesse de vente ; le dédit doit toujours en être possible, sauf une peine pécuniaire ; et cela surtout dans une législation qui, comme celle de Rome, admet le divorce.

[1] On peut aussi, sans inconvénient, rapporter *cujuscumque rei* à *emptio*.

entre la vente elle-même et la dation des arrhes, une confusion si facile, que nos interprètes y sont tous tombés depuis, malgré la controverse qui devait davantage éveiller leur attention?

Je dis que Théophile pourrait bien être le seul coupable de négligence, parce que d'abord je crois que, pour les Institutes, comme pour les autres ouvrages de Justinien, le travail a été divisé entre les commissaires; or, la paraphrase de Théophile étant ici la simple version grecque du passage des Institutes [1], je suis porté à croire qu'il ne s'est dispensé de tout développement que parce qu'il considérait comme suffisante et exacte sa première analyse de la Constitution, et pourtant j'espère avoir démontré le contraire.

D'ailleurs, à l'autorité de Théophile j'oppose celle plus décisive des *Basiliques* qui, elles au moins, sont, tout à la fois, une reproduction et une véritable paraphrase de la constitution 17; or, elles ne parlent, comme celle-ci, que de la vente qui doit être faite par écrit, et la perte des arrhes n'est la punition que de celui qui refuse de parfaire le contrat [2]. Et les scholiastes confirment formellement cette limitation aux ventes écrites, en mettant parfaitement en relief que les ventes non écrites sont immédiatement parfaites par le seul consentement [3].

En présence de cette uniformité des textes législatifs principaux, le dernier scrupule que susciterait la divergence des Institutes me paraît bien peu digne d'attention [4]. Dès lors, s'il

[1] Τούτου γὲ γενομένου, εἴτε ἐγγράφως, εἴτε ἀγράφως, ἡ πρᾶσις γίνεται, ὁ ἀναχωρῶν τοῦ συναλλάγματος, κ. τ. λ.

[2] Ἡ διάταξις κελεύει..... τοὺς ἀρραβῶνας φύσιν ἔχειν σιωπηρῶς τοιαύτην, ἵνα, εἴτε ὁ δεδωκὼς μὴ πληροῖ τὸ συνάλλαγμα πᾶσι τρόποις ἐκπίπτῃ τῶν ἀρραβώνων· εἴτε ὁ λαβὼν μὴ πληροῖ, πᾶσι τρόποις διπλάσιον ἀποδίδωσι : Constitutio jubet arrhas tacite naturam habere hujusmodi ut, sive is qui dedit, contractum non impleverit, omnibus modis arrhis cadat; sive is qui accepit non impleat, omnimodo duplum reddat (*Basilic.*, lib. XXII, tit. I, cap. LXXVI).

[3] Ἐπὶ δὲ τῆς ἀγράφου ἡ συμφωνία μόνη συνιστᾷ τὴν πρᾶσιν, ὁριζομένου τοῦ τιμήματος καὶ τοῦ πολουμένου : — Emptionem vero sine scriptis habitam solus consensus perficit; definitis pretio et re vendita (*Basilic.*, ibid.).

[4] Un de mes collègues, M. Boistel, auquel j'ai communiqué cet article avant l'impression, m'a appris que la base de mon explication, à savoir, le mode de dation des arrhes, s'était aussi présentée à son esprit; mais il ne voudrait pas même abandonner les Institutes, comme formant antinomie au Code. Selon lui, la *venditio celebrata* des Institutes ne doit jamais être

n'y a pas de dédit possible dans les ventes sans écrit, il n'y a, non plus, ni violation des principes, ni inconséquence, ni injustice : la vente parfaite par le seul consentement ne sera plus résiliée que d'un commun accord, *mutuo dissensu*, et seulement *rebus integris;* de cette façon aussi, la possibilité de dédit ne se trouvera pas prolongée jusqu'à la tradition, c'est-à-dire plus longtemps dans une vente parfaite que dans une vente imparfaite et conditionnelle ; enfin on respectera, aux Institutes mêmes, la déclaration première de Justinien, au sujet des ventes non écrites, déclaration bien autrement claire et formelle que la malheureuse phrase incidente qu'on nous oppose : à savoir, que *son innovation ne concerne pas les ventes non écrites, nam nihil a nobis in hujusmodi venditionibus innovatum est.*

G. BOISSONADE,
Professeur agrégé à la Faculté de droit de Grenoble.

entendue dans le sens d'une *venditio celebranda :* Justinien, en effet, dans tout ce paragraphe, appelle *venditio* la promesse de vente, la vente encore imparfaite et conditionnelle, subordonnée pour sa perfection à la rédaction complète et définitive d'un écrit probatoire; et c'est cette *promesse de vente écrite* (*venditio*) qui peut avoir été faite *celebrata*, sans écrit, *verbalement*, SINE SCRIPTIS, ou par un commencement d'écriture, IN SCRIPTIS.

A l'appui de ce commencement d'écriture, employé comme une des formes de la promesse de vente, M. Boistel cite le passage de la Constitution 17, où, au sujet d'une disposition transitoire, Justinien suppose des *instrumenta emptionis jam scripta, nondum autem absoluta*.

De cette façon, mon excellent collègue arrive, comme moi, au résultat désiré, à savoir : que ni les Institutes, ni le Code n'ont songé à permettre le dédit dans la vente qui est immédiatement parfaite par le seul consentement, et, pour cela, il n'a pas besoin, comme Vinnius, de comprendre *venditio celebrata* dans le sens futur de *venditio celebranda*, ni, comme moi, de sacrifier un peu les Institutes au Code.

Je crois cependant que la disposition transitoire précitée, surtout si on la prend dans son ensemble, s'applique aux écrits qui se trouvaient en voie de rédaction définitive au moment de la promulgation de la constitution. J'avoue, d'ailleurs, que je serais embarrassé, ayant déjà à faire accepter UNE DATION D'ARRHES *avec ou sans écrit*, pour la *vente par écrit*, de demander place encore, pour elle, à une PROMESSE *écrite ou non écrite*.

DE LA CONDITION

DES ENFANTS NÉS HORS MARIAGE

DANS L'ANTIQUITÉ

ET AU MOYEN AGE EN EUROPE.

PREMIER ARTICLE.

INTRODUCTION.

Il est dans la nature de l'homme de se conserver et de se reproduire, aussi Montesquieu a-t-il pu dire avec beaucoup de raison : « Partout où il se trouve une place où deux personnes peuvent vivre commodément, il se fait un mariage [1]. »

L'union de l'homme et de la femme fonde la première société, souche de la grande société humaine. Son importance est extrême. Il n'est donc pas étonnant que les législateurs, à quelque temps, à quelque peuple qu'ils appartiennent, aient cru devoir fixer les règles de cette union. A cette réglementation se rattache le sort des individus et des familles, et, par suite, la vie et la prospérité des empires.

L'union de l'homme et de la femme peut se concevoir de plusieurs manières : 1° l'union d'un seul homme avec une seule femme, ou monogamie ; 2° l'union d'un seul homme avec plusieurs femmes, ou polygamie ; 3° l'union d'une seule femme avec plusieurs hommes, ou polyandrie.

La monogamie a été adoptée par un grand nombre de peuples, surtout par ceux de race indo-européenne. Les Aryas eux-mêmes, à l'origine, étaient monogames [1]. Ce fut plus tard seulement que les Hindous admirent la polygamie. Tous les peuples chrétiens sont monogames, et on peut affirmer sans hésitation que la monogamie est particulièrement favorable à la

[1] Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. XXIII, chap. x.

[2] M. Emile Burnouf, *Essai sur le Véda*, p. 211, Paris, 1863.— Mlle Clarisse Bader, *La femme dans l'Inde antique*, Paris, 1864, p. 88 et autres.

propagation et au perfectionnement de l'espèce, à l'harmonieuse organisation des familles, et à la prospérité des Etats.

C'est surtout chez les Orientaux qu'on trouve la polygamie. Le peuple hébreu lui-même était polygame : la Bible n'est pas le seul document qui en fasse foi. Mais, malgré tout notre respect pour le peuple de Dieu, nous ne pouvons nous empêcher de préférer les coutumes occidentales. La polygamie, aujourd'hui encore en pleine vigueur chez les musulmans, amène fatalement les dissensions dans les familles, l'appauvrissement des races, l'abrutissement des peuples, et la dissolution sociale.

Nous ne sommes pas convaincu que la polyandrie existe de nos jours, et nous ne répondrions pas qu'elle ait jamais existé. Cependant, au dire de certains voyageurs, s'il faut s'en rapporter à Diderot, chez les Malabares, les femmes étaient autorisées à prendre plusieurs maris. Les enfants suivaient la condition de leur mère, et c'était celui des maris à qui elle attribuait la paternité qui avait la charge de leur entretien. Les honneurs ont leurs charges !

Récemment (mais nous ne nous portons pas garants du fait) le correspondant du *Times* de l'Inde, à Simla, écrivait, sous la date du 16 décembre 1863 : « Dans tous les Etats du nord-ouest de l'Himalaya, la polyandrie est en vigueur. C'est la principale cause de la rareté des habitants dans ces contrées. Aujourd'hui, lorsqu'une famille se compose de deux, trois et même cinq frères, ils achètent pour eux tous une seule femme, ce qui ne peuple guère le pays. Le motif qui leur inspire cette conduite est que, par ce moyen, la propriété de la famille se trouve sous la garde d'une seule lignée, ce qui ne pourrait exister si chacun épousait une femme. » Quoi qu'il en soit, si la polyandrie existe, elle est fort peu répandue.

Les législateurs ayant réglementé suivant les temps, les lieux et les mœurs l'union de l'homme et de la femme, toutes les relations sexuelles qui se formèrent en dehors des règles établies furent invariablement blâmées et quelquefois punies. Chose étrange ! c'est presque toujours dans la personne des enfants que la loi a frappé ceux qui contrevenaient à ses dispositions. Bossuet, avec plus d'éloquence que de charité, a justifié ce principe en disant : « Punir les pères dans leurs enfants, c'est les punir dans une partie d'eux-mêmes que la nature leur a ren-

due plus chère que leurs propres membres et même que leur propre vie. »

Du reste, toutes les unions licites et réglementées n'ont pas été également encouragées. Les enfants qui proviennent des unes ne sont pas aussi bien traités que ceux qui proviennent des autres. Autres, en effet, sont à Rome les conséquences du concubinat et du *matrimonium justum*.

Nous nous proposons d'examiner la condition des enfants issus de ces unions de second ordre et de celles qui étaient défendues. Nous jetterons d'abord un coup d'œil rapide sur les législations encore peu connues de l'antiquité, puis nous dirons quelques mots des Hébreux et des Grecs, et nous passerons immédiatement au droit canonique, aux législations barbares et à celles du moyen âge, sans nous arrêter au droit romain, quoiqu'il ait été la base de presque toutes les législations européennes et de notre droit moderne. Notre motif pour ne point traiter spécialement des enfants naturels chez les romains, c'est qu'il en a été traité récemment dans cette Revue par notre maître et ami M. Désiré Pilette. Nous ne pensons pas qu'on puisse rien ajouter à son travail, dont nous admettons d'ailleurs tous les principes et que nous avons soutenu nous-même devant la Faculté de Paris.

LÉGISLATION ANTÉRIEURE AU DROIT ROMAIN.

Chez les peuples où la polygamie existe, les enfants naturels sont traités par la loi avec beaucoup plus de bienveillance que chez ceux où la monogamie est seule admise. C'est un fait qu'il n'est pas si facile d'expliquer, et dont la raison n'est peut-être pas tout entière dans la susceptibilité morale des peuples monogames.

M. E. Burnouf, dont nous avons déjà eu occasion de citer le savant ouvrage, nous apprend qu'à l'origine, la constitution de la famille aryenne reposait sur la monogamie. Cela résulte non-seulement des plus anciennes traditions, mais surtout de la lecture du Véda. Plus tard, lorsque les Aryas, ces ancêtres de la race indo-européenne, se furent établis dans l'Inde, et qu'en vainqueurs superbes et convaincus de leur supériorité ils eurent

institué les distinctions de castes, la polygamie s'insinua dans leurs mœurs, et les lois de Brama s'ajustèrent à la nouvelle institution. Manou lui-même ne dédaigna pas dans la suite d'en régler les conditions [1]. Il détermina aussi quelle serait la position des enfants nés d'épouses et de ceux nés de concubines. A ceux-ci, il accorda en principe, dans la succession de leurs parents, la moitié des droits qu'il reconnaissait aux premiers. Toutefois cette restriction n'atteignait que les enfants naturels des castes supérieures. Ceux qu'un homme appartenant à la caste de Sudra, la dernière de toutes, pouvait avoir d'une concubine, étaient traités en enfants légitimes et héritaient comme tels [2].

Tout enfant né d'une concubine succédait à l'universalité des biens de son père, quand celui-ci mourait sans laisser ni épouse, ni enfant, petit-enfant ou arrière-petit-enfant légitime ; il excluait par conséquent les ascendants et collatéraux du défunt, et même tous les descendants qui étaient au delà du troisième degré.

L'explication de cet usage se trouve dans les croyances religieuses des Hindous. Ils considéraient comme n'étant plus propres à leur assurer les félicités de la vie future les sacrifices offerts à la divinité par le fils de l'arrière-petit-fils. Pourquoi alors auraient-ils fait passer la fortune du défunt à des personnes qui ne pourraient plus lui être bonnes à rien ? Mieux valait en investir sa veuve, à son défaut le fils d'une concubine, et, au besoin, des ascendants ou des collatéraux dont les prières peuvent encore être utiles [3].

Si des Hindous nous passons à une autre branche de la famille aryenne, d'où est sortie la race persane, nous verrons que chez les anciens Perses la polygamie n'était approuvée que lorsqu'on n'avait pas d'enfants d'une première femme [4]. Zoroastre défend souvent dans ses lois, à ses sectateurs, de se permettre des unions illégitimes [5], et, chose étonnante, on n'y voit pas, quant au droit de succession, quelle était la position faite par ce lé-

[1] M. E. Burnouf, *Essai sur le Véda*, p. 211.

[2] *Code of Gentoo Laws*, London, 1776, p. 84. — Mill, *History of British India*, 1, 148.

[3] *Code of Gentoo Laws*, p. 84. — Manou, IX, 148 et suiv.

[4] Zend-Avesta, III, 280.

[5] Zend-Avesta, II, 365.

gislateur aux enfants nés de ces unions. Mais si on admet le principe, selon nous certain, que plus la polygamie est favorisée, meilleure est la position des enfants naturels, on en conclura que chez les Perses la position de ces derniers était moins bonne que chez les Hindous.

Il paraît que d'après les lois chinoises, au dire de M. Kœnigswarter, tous les fils d'un homme, quels qu'ils soient, viennent partager les biens de leur père prédécédé. Un seul avantage est accordé au fils aîné de la femme principale : c'est le droit de succéder à son père dans son rang et ses dignités. Le même auteur affirme que, chez les Arabes, on ne faisait aucune distinction quant aux droits successoraux entre les enfants nés des diverses femmes qu'un homme pouvait avoir, quelle que fût d'ailleurs la condition de celles-ci. [1].

Il ne pouvait guère se faire que la polygamie ne fût pas reconnue par les Hébreux, congénères des Arabes ; aussi la trouvons-nous établie chez eux. Ce fut, dit-on, Lamech, fils de Mathusaël, qui le premier la pratiqua. Il eut deux femmes nommées Ada et Sella. Toutes deux avaient le même rang, toutes deux étaient des *nâshîm*, des *uxores*. Plus tard, Abraham, du vivant de Sara, et sans avoir répudié celle-ci, prend une seconde femme ; mais cette seconde femme n'a plus le rang d'épouse : les Ecritures mettent un grand soin à le faire remarquer. Agar fut toujours soumise à Sara, dont elle resta la servante. Ce fut là, croyons-nous, l'origine du concubinat chez les Hébreux.

Jacob, à son tour, eut deux femmes et deux concubines qui, elles aussi, étaient les servantes de ces deux femmes. A partir de cette époque, le concubinat devint commun parmi le peuple de Dieu. Les enfants d'Israël aimaient mieux avoir des concubines que des femmes légitimes. Toutefois, ainsi que le remarque Thomasius [2], les lois de Moïse tolèrent le concubinat et la polygamie et ne les encouragent point. Les extirper eût été difficile : ils avaient pris de trop profondes racines dans les mœurs ; aussi Moïse dut-il se borner à restreindre la facilité du divorce, et à interdire au grand prêtre d'avoir plusieurs fem-

[1] M. Kœnigswarter, *Essai sur la législation des peuples relative aux enfants nés hors mariage.*

[2] Christianus Thomasius, Halæ Magdeburgicæ, tome III, *Dissertatio de concubinatu*, n. 5.

mes. Il blâma la fréquentation des courtisanes, réprouva hautement les relations passagères d'un homme avec une femme honnête ou une vierge, mais ne frappa ces actes d'aucune peine. En revanche, l'adultère fut poursuivi et puni avec rigueur [1].

Les Hébreux ne confondaient pas la concubine avec la femme livrée à la prostitution, mais ils ne la mettaient pas non plus au même rang que l'épouse. Cela n'empêchait pas qu'elle fût, au dire de Lauterbach, regardée comme une compagne légitime. Seulement, elle n'occupait que le second rang, et son entrée dans la maison se faisait sans éclat, sans pompe, sans pactes dotaux, sans solennités nuptiales [2]. On dit que Salomon eut jusqu'à sept cents femmes et trois cents concubines. Les premières avaient toutes le titre de reines, au lieu que les secondes n'étaient pas investies d'un pareil honneur. Les concubines, en effet, quoique jouissant de l'affection de l'homme qui se les attachait, ne partageaient jamais ses dignités. Aux seules épouses cet avantage était réservé. Ces principes sont aussi ceux du concubinat en droit romain. Pouvaient être prises comme concubines, soit des femmes israélites, soit des esclaves, soit même des étrangères ; mais en général la concubine était de naissance obscure [3], ce qui explique l'infériorité dans laquelle elle se trouvait vis-vis de l'épouse.

Quant aux enfants issus des concubines, on n'établissait pas la moindre différence entre eux et ceux nés des femmes légitimes ; tous étaient également appelés, *ab intestat*, à la succession paternelle. Il est vrai que la volonté du père pouvait changer tout cela. Ainsi, dans les temps patriarcaux, Abraham, cédant aux obsessions de l'impitoyable Sara, chasse Agar et son fils Ismaël, et Isaac reste le seul héritier de son père : « Ejice « ancillam hanc et filium ejus : non enim erit heres filius ancillæ « cum filio meo Isaac. Surrexit Abraham, et tollens panem et « utrem aquæ, imposuit scapulæ Agar, tradiditque puerum, « et dimisit eam [4]. »

[1] Lévitique, chap. XIX et XX.

[2] Adamus Lauterbachus, *tomus secundus Pandectarum*, editio nova, Tubingæ, 1764, lib. XXV, tit. VII. Dig., *De concub.*

[3] Thomasius, *Dissertatio de concubinatu*, n. 4.

[4] Genèse, XXI, v. 2, 3, 4, 8, 9, 10 et 14.

Jacob agit tout autrement que son aïeul : il voulut que les enfants nés de ses concubines eussent les mêmes droits que les enfants de Lia et de Rachel, ses femmes légitimes. Aux termes de la loi de Moïse, les enfants issus des concubines succédaient à leurs parents, tout aussi bien que les enfants légitimes, à moins que le père n'en eût décidé autrement [1]. Il arrivait même, s'il faut en croire MM. Wetzer et Welte, que les femmes légitimes reconnaissaient souvent comme les leurs les enfants issus des concubines de leurs maris [2].

Enfin, d'après le droit postérieur contenu dans le *Talmud*, tous les enfants, quels qu'ils fussent, même ceux d'une prostituée, d'une réprouvée, venaient à la succession de leur père. La seule exception qu'il y ait à cette règle atteint les enfants nés de femmes esclaves ou étrangères.

L'usage de la pluralité des femmes, soit comme épouses, soit comme concubines, eut une longue durée chez les Hébreux. Ce ne fut que longtemps après la réduction de la Judée en province romaine qu'Honorius, Arcadius et Théodose leur interdirent la polygamie.

A côté de la Judée, l'Egypte apparaît avec sa civilisation assurément très-développée, mais sur laquelle cependant les remarquables travaux de Champollion et de ses successeurs ne nous ont encore qu'imparfaitement renseignés. Nous savons, par un passage de Diodore de Sicile [3], qu'en Egypte la polygamie était permise, et que la caste seule des prêtres s'en abstenait. On n'y faisait non plus aucune distinction entre les enfants légitimes et les autres. Quant aux unions irrégulières, elles n'y étaient sans doute pas l'objet de la même réprobation que partout ailleurs, si Connan a pu dire, en s'appuyant du témoignage de Plutarque, que les courtisanes égyptiennes avaient une action en justice pour le payement du prix qu'elles avaient mis à leurs faveurs [4].

[1] Thomasius, *Diss. de concub.*, n. 6.

[2] *Encyclopédie de la théologie catholique*, par MM. Wetzer et Welte. Traduction par Goschler.

[3] Diodore de Sicile, p. 91 (édit. Wesseling, Amsterdam).

[4] Franciscus Connanus, *Commentariorum juris civilis libri* X, Lutetiæ Parisiorum Michaelis Vascosani, 1558. — Liv. V, chap. XI.

Après avoir dit qu'à Rome la *meretrix* ne pouvait pas réclamer en justice

Vers la fin du dix-septième siècle avant la naissance du Christ, une émigration égyptienne, sous la conduite de Cécrops, vint se fixer dans l'Attique. Cet État, comme tous ceux de la Grèce alors, se livrait à la polygamie la plus relâchée. A cet égard, tous les auteurs sont d'accord ; ce serait Cécrops qui aurait établi quelques règles relativement aux mariages. D'après M. Van Stegeren, cet Egyptien aurait importé dans l'Attique l'idée de la monogamie, qui finit avec le temps par gagner le reste de la Grèce [1].

Au premier abord, il semble étonnant que le transfuge d'un peuple polygame se soit fait le promoteur de la monogamie. Mais si, comme il est permis de le penser, et comme nous espérons d'ailleurs le démontrer, Cécrops appartenait à la caste sacerdotale de l'Egypte, toute cause d'étonnement disparaîtra. Or, que remarquons-nous? Cécrops fuit l'Egypte précisément à l'époque où Aménophis Ramsès et son fils Sésostris arrachent définitivement à la caste sacerdotale le gouvernement du pays qui, jusqu'alors, lui avait exclusivement appartenu. Cécrops n'est pas un guerrier, car s'il était un guerrier il ne s'éloignerait pas de sa patrie, lorsque sa caste y est triomphante. Il n'est pas non plus un artisan ou un laboureur : les gens de cette condi-

le prix qu'elle avait fixé, Connan ajoute : « In Ægypto aliter observabatur, « si modo verum est, quod Plutarchus in Demetrio refert. Fuisse enim tra- « dit in Ægypto insignem fama et pulchritudine meretricem Theognidem : « cujus amore, quum arderet quidam adolescens, negare illa primo, ut « illius desiderium magis ac magis incenderet; tandem annuere, sed id « gravate, et ingenti pretio, quod nihil se non impetraturam speraret ab « eo, quem videbat flagrantem cupiditate potiundi. Sed quum ille visus « esset in somnis eam dissuaviare et amplecti, sic ut tanta voluptate de- « fungeretur, quantam ex illius amore quæsiverat, extinctus est ardor, « quo tenebatur, libidinis, eamque cœpit nihil facere, quam antea tanti « æstimabat. Quod ubi rescivit mulier, juvenem ad Bocchorim in jus vocat, « pretium petens per somnium captæ de se voluptatis. At Bocchoris judicio « suo decrevit tantam hunc pecuniæ summam, quantam illa poposcerat, « ostentare exhibereque ei visendam, et contractandam; visu enim optato- « rum nummorum visum desideratæ libidinis compensari. De qua, ut idem « scribit, Bocchoris sententia, quum audisset Lamia meretrix, quam tum « adamabat Demetrius, iniquam eam esse dixit, quod illo insomnio fuerat « desiderium adolescentis delinitum et imminutum, mulieri vero concupitæ « pecuniæ sitim ostentatio ista non sedarat. »

[1] Van Stegeren, *De conditione civili feminarum atheniensium, secundum juris Attici principia*, cap. II, parag. 1, page 62, Zwollæ, 1039.

tion n'ont généralement ni les moyens, ni la volonté d'abandonner le sol natal. Tous les historiens représentent Cécrops comme un homme instruit, et on sait que la caste sacerdotale se réservait avec un soin jaloux le monopole des connaissances humaines. Cécrops ne pouvait donc être qu'un prêtre. Ceux qui suivaient sa fortune avaient probablement les mêmes intérêts et assurément les mêmes idées que lui. Tous ensemble ils formèrent naturellement dans le pays où ils se réfugièrent une société monogamique (les prêtres égyptiens étaient monogames) ; il leur fut facile, grâce à leur supériorité intellectuelle, d'en justifier les principes aux yeux des aborigènes, qui, tardivement, il est vrai, finirent par s'en pénétrer, et, ce qui vaut mieux, finirent par en faire personnellement l'application.

Des institutions juridiques de l'ancienne Grèce, on ne connaît guère que celles d'Athènes, et encore n'est-ce qu'imparfaitement. Ce n'est pas que les autres peuples les eussent toutes adoptées. Sparte avait ses propres lois, dont on a surfait la sagesse, si on en juge par ce qui nous en est parvenu. Argos, Delphes, Corinthe, Naupacte, Mantinée, Oponte, Messène, Elis, Mégare et Thèbes avaient probablement aussi les leurs, mais elles nous sont encore moins connues que celles de Lycurgue.

Du temps de cette polygamie relâchée, à laquelle nous faisions allusion tout à l'heure, et que Cécrops attaqua par l'exemple, impuissant qu'il était à la saper législativement, les enfants naturels étaient absolument traités comme les enfants légitimes. D'Aguesseau en donne comme preuve la haute position et le prestige des Hercule, des Thésée, des Achille et des Pyrrhus, ces glorieux bâtards, ces adultérins fortunés [1]. Quoi d'étonnant en cela ? La condition faite aux bâtards est en rapport avec les mœurs grecques de l'époque.

Cet état de choses dura plus longtemps qu'on ne pourrait l'imaginer tant dans l'Hellade que dans le Péloponèse. Lycurgue en effet, par une de ses lois, ordonnait que le vieillard, époux d'une femme jeune et belle, la cédât à un homme plus jeune et plus vigoureux ; il autorisait même le célibataire qui, sans vouloir se marier, désirait cependant avoir des enfants, à demander

[1] D'Aguesseau, *Œuvres*, tome VII, *Dissertation sur les bastards*, p. 381. (1772).

au mari de cette femme de le laisser jouir pour un instant de ses droits [1].

De pareilles lois, comme le fait fort judicieusement remarquer M. Schmidt, attestent la licence des mœurs, et ont pour effet l'impudicité des femmes [2]. Aussi lorsque, deux siècles après Lycurgue, Solon eut donné ses lois à l'Attique et définitivement consacré la monogamie, verrons-nous persister encore une grande immoralité. Rien de plus commun que la fréquentation des courtisanes, rien de plus ouvertement pratiqué.

Aspasie, par sa beauté et les grâces de son esprit, enchaîna auprès d'elle trois des plus grands génies de la Grèce : Alcibiade, Périclès et Socrate lui-même. Phryné captiva Praxitèle, auquel elle servit de modèle pour ses statues de Vénus. Les deux Laïs attirèrent à elles tout ce que la Grèce renfermait d'illustre ; la première fut la maîtresse d'Alcibiade, et la seconde l'eût été de Démosthène, si le brillant orateur se fût senti assez riche pour *acheter un repentir* au prix qui lui était fixé. Léontium, maîtresse d'Epicure selon les uns, sa disciple selon les autres, fut aimée du poëte Hermésianax, qui lui adressa ses élégies.

Alciat attribue à Solon la création des courtisanes, *ut ea venere contenti juvenes, a pudicis solicitandis abstinerent* [3]. Quoi qu'il en soit, la Grèce fut de tous les pays celui où ces femmes ont été le moins méprisées ; mais quant à dire, comme l'ont fait certains auteurs, qu'elles y ont été honorées, nous ne pensons pas que cela soit possible, lorsqu'on voit le législateur athénien leur imposer des habits particuliers, leur attribuer des siéges séparés dans les jeux publics, leur interdire de porter les mêmes noms que les femmes honnêtes, et les soumettre à une espèce de patente (πορνικόν τέλος), dont le revenu fut employé à élever un temple à Vénus [4].

Les enfants naturels sont d'ailleurs à Athènes dans la plus fâcheuse position ; or, on ne maltraite pas les enfants des femmes qu'on honore.

[1] Xénoph., *De Rep. Laced.*, cap. I, tit. 6.

[2] M. Schmidt, *Essai historique sur la société civile dans le monde romain*, p. 29.

[3] Andrea Alciatus, *Operum tomus* II, 1582, loi 144, *De verborum et rerum significatione*, Dig.

[4] Athénée, liv. XIII, chap. XXV, tome V, page 56.

Les Athéniens attachaient une si grande importance à la qualité de citoyen, qu'il n'y avait de légitimes à leurs yeux que les mariages contractés entre un citoyen et une citoyenne. Exceptionnellement cependant, des étrangers recevaient à titre de récompense le droit de s'unir par mariage aux Athéniens ; ils étaient alors investis de ce que chez les Romains on appelait le *jus connubii*. En dehors de ce cas, toute union contractée avec une femme étrangère était illégitime ; les enfants qui en naissaient étaient naturels.

Νόθον εἶναι τον μὴ ἐξ ἀστῆς γεγονότα. Μόνους Ἀθηναίους εἶναι τοὺς ἐκ δυοῖν Ἀθηναίοιν γεγονότας.

Etait νόθος l'enfant né d'un citoyen, en dehors d'un mariage légitime, que sa mère fût étrangère, concubine du père, ou courtisane. Les enfants nés d'une Athénienne et d'un père étranger n'étaient pas νόθοι, mais ξένοι, c'est-à-dire étrangers.

L'enfant naturel ne fait pas partie de la famille de son père ; non-seulement les lois d'Athènes n'accordaient au νόθος aucun droit de parenté, mais elles l'excluaient de toute fonction civile ou religieuse.

Μηδὲ νόθῳ μηδὲ νόθῃ ἀγχιστεῖαν εἶναι μητ' ἱερῶν μητ' ὁσιων ἀπ' Εὐκλείδου ἄρχοντος.

Les lois athéniennes déclaraient l'enfant naturel non-seulement étranger à sa famille, mais encore à l'Etat ; il ne comptait pas au nombre des citoyens [1]. Ces malheureux enfants, très-nombreux, du reste, étaient méprisés, et se voyaient relégués pour leurs exercices dans un endroit particulier, appelé Cynosargue [2].

Exclus de la famille, les νόθοι ne pouvaient pas venir à l'hérédité. Une scène très-curieuse d'Aristophane fait cesser toute espèce de doute à cet égard :

« NEPTUNE..... Toute la fortune que Jupiter laissera en mourant ne revient qu'à toi.

« PISTHÉTÉRUS. Hélas ! malheureux, comme il t'en conte ! Viens ici, à l'écart, j'ai quelque chose à te dire. Ton oncle te tend un piége, mon cher. Selon les lois, il ne te revient rien du tout des biens paternels. Tu es bâtard et non fils légitime.

[1] Samuel Petit, *Commentaire sur les lois d'Athènes*.
[2] M. Kœnigswarter, *Essai*.

« HERCULE. Moi, bâtard ! que me dis-tu là ?

« PISTHÉTÉRUS. Oui, bâtard ! N'es-tu pas né d'une femme étrangère ? Pourquoi dit-on que Minerve sera l'unique héritière de Jupiter ? Une fille légitime peut-elle hériter de l'universalité des biens, quand elle a des frères légitimes ?

« HERCULE. Mais en admettant que je sois bâtard, qu'auras-tu à dire, si mon père en mourant me lègue ses biens ?

« PISTHÉTÉRUS. La loi le défend. Et Neptune, qui te pousse à présent, sera le premier à revendiquer la fortune de ton père, en disant qu'il est frère légitime. Ecoute plutôt ! Voici la loi de Solon : « Un bâtard ne peut hériter s'il y a des enfants légi-« times, et, à défaut d'enfants légitimes, les biens passent aux « collatéraux les plus proches. »

« HERCULE. Mais alors je n'aurai pas une obole !

« PISTHÉTÉRUS. Pas une seule. Mais, dis-moi, ton père t'a-t-il fait inscrire sur les registres de sa phratrie ? » (C'était là, selon le scholiaste, la condition de légitimité pour le fils de famille.)

« HERCULE. Non ! Cela m'étonnait depuis longtemps [1]. »

Il ne semblait pas qu'entre le père et le fils naturel il y eût un lien assez étroit pour obliger ce dernier à nourrir son père devenu vieux, et cela nous semble juste, puisque de son côté le père ne devait rien à son enfant.

Μηδὲ τοῖς ἐξ ἑταίρας γενομένους ἐπανάγκες εἶναι τοὺς πάτερας τρέφειν.

Une loi, paraît-il, défendait au père de donner à son enfant naturel plus de cinq mines : encore le scholiaste d'Aristophane prétend-il que cette faible somme devait être remise de la main à la main [2].

Nous ne savons pas si la légitimation eût été possible à Athènes ; Samuel Petit laisserait croire le contraire. Mais au moins le père pouvait adopter son enfant. « Nihil igitur sacri, « nihil publici commune habuerunt nothi cum patre qui eos « tollebat, aut cum ejus agnatis cognatisve, ut qui inter cives « non conserentur ; ac ne quidem ejus nomine qui genuerat, « nisi illis subveniretur adoptione [3]. »

[1] Aristophane, *Aves*, v. 1628-1655.
[2] Schol. ad Aristophan., *Aves*, v. 1665.
[3] Samuel Petit, *Comm. sur les lois d'Athènes.*

A cet égard, le savant professeur de la Faculté de théologie de Strasbourg, M. Schmidt, est tout à fait explicite : « Le père, dit-il, pouvait adopter ses enfants naturels; souvent même ils avaient part à l'amour de l'épouse, confondus par elle avec ses enfants légitimes [1]. »

DROIT CANONIQUE.

L'influence du christianisme a été si grande sur les dernières lois de l'empire romain et sur celles de tous les royaumes qui s'établirent sur les débris de l'empire d'Occident [2], qu'il nous paraît indispensable, avant de passer à l'étude de la législation des peuples barbares, relative aux enfants naturels, d'examiner quelles ont été les décisions prises, à leur égard, par les conciles et par les papes, ces grands législateurs du moyen âge.

Dès les premières années de l'ère chrétienne, tous les fléaux de la famille, l'inceste, l'adultère, l'avortement, l'exposition des enfants, furent sans cesse combattus, et l'Église fit les plus louables efforts pour moraliser la vie privée.

Le concubinat a été vivement attaqué par les Pères de l'Église, cela est incontestable; mais c'est une question très-controversée que celle de savoir si, à l'époque où le concubinat était permis par la loi civile, il n'était pas toléré par l'Église. Deux opinions sont en présence. L'une, soutenue par les canonistes et quelques jurisconsultes, consiste à dire que toujours l'Église a défendu le concubinat; dans l'autre, à laquelle adhèrent des jurisconsultes dont le nom fait autorité, on soutient qu'il a été admis ou au moins toléré. Le débat roule principalement sur l'interprétation à donner à un canon du concile de Tolède, dont voici le texte : « Si quis non habet uxorem, et pro uxore concubinam

[1] M. Schmidt, *Essai historique*, page 44.

[2] Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. XXIII, chap. XXI. — Chateaubriand, *Études historiques*, III, IV et V. — M. Troplong, *Influence du christianisme sur le droit civil des Romains*, pages 58 et suiv. et 140. — M. Giraud, *Histoire du droit romain*, p. 336-351. — M. Giraud, *Droit français au moyen âge*, tome I, p. 289-310. — M. Guizot, *Histoire de la civilisation en Europe*, leçon 5. — M. Schmidt, *La société civile dans le monde romain*, etc., p. 314 et suiv., 417 et suiv. — M. Kœnigswarter, *Histoire de l'organisation de la famille en France*, p. 166 et suiv.

« habet, a communione non repellatur; tamen ut unius mulie-
« ris, aut uxoris aut concubinæ, sit conjunctione contentus[1]. »

Les canonistes disent que le texte fait allusion à certains mariages qui se faisaient avec moins de solennité; qu'il ne s'agit pas de concubines, mais d'épouses légitimes[2]. Enfin ils opposent à ce texte ces paroles de saint Augustin : « Competentibus dico, « fornicari vobis non licet, sufficient vobis uxores. Concubinas « habere non licet vobis, etsi non habetis uxores; tamen non « licet vobis habere concubinas, quas postea dimittatis et du- « catis uxores : tanto magis damnatio erit vobis, si volueritis « habere uxores et concubinas ! »

Après avoir constaté que le concubinat était permis par le droit romain, Lauterbach continue en ces termes : « mais on ne pourra pas en dire autant du droit canon, c'est l'avis général des auteurs[3]. »

Pérèze affirme que les lois divines et pontificales blâment le concubinat, et qu'on objecte vainement le canon *si quis non habet*, etc., car le mot concubine y est évidemment employé pour le mot *uxor*, et sert à désigner la femme qui se donne à un mari[4].

Tulden se contente de dire que le concubinat, étant contraire au droit divin, a dû être défendu[5]. Voilà un mode d'argumentation commode, mais peu convaincant !

L'avis contraire est soutenu par Hotman. Il puise sa conviction dans le texte extrait du premier concile de Tolède, *si quis non habet*. Il fait remarquer qu'il s'agit bien dans ce texte de véritables concubines, et non pas d'*uxores*, qu'on y trouve cette expression *pro uxore concubinam habet* exclusivement applicable à la concubine, qui était *loco uxoris*, dans la maison de l'homme avec lequel elle vivait[6].

Comme Hotman, Thomasius soutient que le concubinat n'a pas été prohibé par l'Église, que les canons du premier concile

[1] C. 17, *Distinct.*, 34, *du* 1er *concile de Tolède, tenu en* 589.

[2] Brunemann, liv. XXV, tit. VII, loi 1, Dig. — Brunemann, liv. V, tit. XXVI, loi 1, Cod.

[3] Lauterbach, liv. XXV, tit. VII.

[4] Pérèze, liv. V, tit. XXVI.

[5] Tulden, liv. V, tit. XXVI.

[6] Hotman, *Disp. de spur. et leg.*, cap. ultim.

de Tolède et un passage d'Isidore en font foi, et que dans ces textes il est question de la concubine, et non, comme on a voulu le dire, de l'épouse mariée sans pactes dotaux ; puis il ajoute : « Aucun concile, avant la Novelle de Léon, n'a défendu le concubinat, car si cette prohibition avait eu lieu, elle nous serait connue [1]. »

Tout en reconnaissant qu'antérieurement à la Novelle de Léon, le concubinat avait été vivement attaqué par saint Ambroise, saint Jérôme et saint Augustin, néanmoins Thomasius pense que l'Église n'avait pas érigé en loi l'opinion de ces Pères, et que ce fut l'empereur Léon VI qui le premier interdit l'usage du concubinat, vers la fin du neuvième siècle.

A ces deux autorités, Pothier vient encore ajouter la sienne. L'illustre jurisconsulte s'exprime ainsi : « Mais lorsqu'un homme qui n'était pas marié prenait pour concubine une femme avec qui le droit naturel ne lui défendait pas de s'unir, cette union qu'il contractait avec elle était une union qui était permise, non-seulement par la loi civile, comme nous l'avons vu, mais qui l'était pareillement par l'Église, et qui par conséquent, lorsqu'elle était contractée entre des fidèles, était élevée à la dignité du sacrement, comme l'est un mariage légitime [2].

Les recherches du savant auteur de l'*Histoire de la famille en France* [3] viennent corroborer l'avis de notre grand jurisconsulte. Le concile de Tolède n'est pas le seul où l'Église ait manifesté sa tolérance. Une décision littéralement identique a été prise au concile de Mayence en 815. Quatre-vingts ans plus tard, le concile de Tribur a donné une nouvelle preuve de la condescendance de l'Église à ce sujet.

« L'Église, dit M. Giraud, inflexible en ce qui touche l'esprit et la pratique de la foi, se montra indulgente et patiente en ce qui touche les intérêts, les habitudes invétérées et les préjugés enracinés : inflexible pour la polygamie, elle fut indulgente pour le concubinat romain [4]. »

[1] Thomasius, *Dissert. de concub.*, n. 22 et 23.

[2] Pothier, *Œuvres*, édition de M. Bugnet, tome VI, page 4.

[3] M. Kœnigswarter, *Histoire de l'organisation de la famille en France*, p. 68 et 175.

[4] M. Giraud, *Essai sur l'histoire du droit français au moyen âge*, tome I, p. 296 et la note.

Il ne pouvait en être autrement; cette tolérance lui était imposée par une sage politique. L'abolition du concubinat par Léon VI en Orient ne fut pas, ainsi que le remarque M. Troplong, le signal de son abolition par l'Église en Occident. « Le concubinat, dit-il, conserva une grande extension, jusqu'à ce que Léon le philosophe l'abolit en Orient; mais il se prolongea en Occident avec une sorte de recrudescence. Le clergé lui-même s'y livra sans retenue. Il ne fallut rien moins qu'une partie du moyen âge pour le combattre et l'extirper. Il fallut que le pouvoir spirituel, fortement centralisé, s'emparât de la tête de la société et que des hommes d'une volonté énergique, tels par exemple qu'un Grégoire VII, employassent à cette œuvre réformatrice leur génie et leur ascendant[1]. »

Dans les premiers temps du christianisme, temps de ferveur et de charité, des femmes appelées par saint Jean Chrysostome[2] συνεισάκτοι et connues aussi sous le nom d'agapètes, se plaçaient sous la tutelle des ecclésiastiques et aidaient à propager la foi. Saint Clément d'Alexandrie rapporte qu'elles servaient à introduire la religion dans certaines maisons qui ne s'ouvraient qu'aux femmes. Mais cet usage fut bientôt une source de désordres, et saint Jérôme parlant des agapètes s'écrie : « Unde « agapetarum pestis, in ecclesias introiit. » Et comme c'était d'un exemple désastreux, et que, sous l'apparence spécieuse de la religion, c'était une occasion de pécher, le synode de Nicée interdit cet usage.

« Interdixit per omnia sancta synodus, non episcopo, non « presbytero, non diacono, non subdiacono, non alicui omnino « qui in clero est, licere subintroductam habere mulierem, nisi « forte aut matrem, aut sororem, aut amitam, aut etiam eas « idoneas personas, quæ fugiunt suspiciones[3]. »

Ce même concile défendit au peuple d'entendre la messe d'un prêtre, *quem scit concubinam indubitanter habere, aut subintroductam mulierem*[4].

En dépit de ces prohibitions, le mal n'ayant fait que s'ac-

[1] M. Troplong, *De l'influence du christianisme sur le droit civil des Romains*, p. 246.

[2] Saint Jean Chrysostome, *Sermo*, πρὸς τοὺς ἔχοντας συνεισάκτους.

[3] Synode de Nicée, *Distinct.*, 32.

[4] Synode de Nicée, *Distinct.*, 81.

croître, les conciles des siècles suivants renouvelèrent ces défenses et ordonnèrent la déposition des prêtres récalcitrants. Enfin le concile de Trente décida que les clercs vivant en concubinat seront d'abord avertis d'avoir à cesser ce genre de vie; que s'ils persistent, ils seront privés du tiers des fruits de leurs bénéfices; qu'après une seconde admonition, ils perdront tous les fruits de ces mêmes bénéfices, et seront suspendus de toutes fonctions; qu'après un troisième avertissement, ils seront déchus de tous leurs bénéfices ecclésiastiques, et déclarés incapables d'en posséder aucuns. Enfin, si ces moyens de répression restent sans effet, le concile prononce contre le coupable l'excommunication [1].

Aux seuls évêques appartient la connaissance de ces faits, et ils peuvent rendre leur sentence sans suivre aucune forme de procédure.

A l'égard des clercs n'ayant ni bénéfices ni pensions, il fut décidé que les évêques seraient chargés de les punir, en tenant compte de la nature et des circonstances de la faute [2].

Le concile prit aussi des dispositions contre les laïques vivant en concubinat. Les évêques durent les avertir jusqu'à trois fois de mettre fin à leurs relations coupables; puis, si c'était insuffisant, les excommunier, et même au besoin les frapper d'autres peines; le tout sans distinction de sexe, ni de condition [3].

Quoique les dispositions du concile de Trente aient été adoptées par les conciles provinciaux [4], qui dans la suite se tinrent en France, il faut cependant remarquer que dans ce pays ce ne furent pas les dispositions du concile de Trente qui devinrent la règle sur cette matière, mais celles de la Pragmatique, qui avait adopté le décret du concile de Bâle et qui fut elle-même confirmée par le Concordat.

Il fut convenu dans le Concordat que le concubinaire public serait privé pendant trois mois de la perception et jouissance de tous les fruits de ses bénéfices, et que ces fruits seraient appliqués par les supérieurs ecclésiastiques aux réparations des

[1] Concile de Trente. Sess. 25, *De ref.*, c. 14.

[2] Durand de Maillane, *Dictionnaire du droit canon*, tome I, page 645.

[3] Concile de Trente, Sess. 24, *De ref. matr.*, c. 4.

[4] Nous citerons notamment ceux d'Aix, de Bourges, de Narbonne, de Reims, de Rouen et de Tours.

églises des lieux où ils sont perçus; que le coupable serait tenu de renvoyer sa concubine sans délai; que s'il n'obéissait, ou si, après l'avoir renvoyée, il en prenait une autre, il devait être privé de tous ses bénéfices; que tous les concubinaires publics seraient incapables d'être pourvus d'aucun office ou bénéfice sans dispense de leurs supérieurs, et que cette dispense ne pourrait être accordée qu'à ceux qui, après avoir renvoyé leur concubine, auraient donné des preuves manifestes de leur changement de vie; que, s'ils retombaient dans leurs premiers désordres, ils seront inhabiles pour toujours à toutes sortes de dignités, offices et bénéfices; qu'on devait entendre par concubinaire public, non-seulement celui qui avoue en justice ou qui est convaincu de sa faute, ou dont le concubinage est si public qu'il ne peut le nier, mais encore celui qui garde chez lui des femmes suspectes, après que ses supérieurs l'ont prévenu qu'il ait à les congédier [1].

L'Église, qui s'efforçait de détruire le concubinage, frappait d'une réprobation bien plus grande encore l'adultère et l'inceste. La peine prononcée contre une pareille faute était la reclusion perpétuelle dans un couvent. « Si quis clericus adulterasse, aut « confessus, aut convictus fuerit, depositus ab officio commu- « nione concessa, in monasterium toto vitæ suæ tempore detru- « datur [2]. »

De ces unions blâmées et punies par l'Église, il naissait naturellement des enfants dont le droit canonique a dû s'occuper. Quelle position leur fit-il? C'est ce que nous allons brièvement rechercher.

Tous ces enfants se voyaient indistinctement appliquer la qualification de bâtard. Mais le droit canon distinguait les bâtards en deux classes : 1° les enfants naturels proprement dits : on rangeait dans cette classe tous ceux qui étaient nés *ex soluto et soluta,* c'est-à-dire de deux personnes qui auraient pu s'épouser; 2° les enfants nés de personnes entre lesquelles le mariage était impossible; on les subdivisait en adultérins, incestueux, *nefarii* et *sacrilegi,* suivant qu'ils devaient le jour à des relations adultérines ou incestueuses, ou aux rapports abominables qu'un

[1] Durand de Maillane, *Dict.*, tome I, p. 645.
[2] Concile d'Orléans, c. 10, *Dist.* 81.

ascendant pourrait avoir avec son descendant, qu'un prêtre, qu'un religieux, qu'une religieuse pourraient entretenir soit avec une personne de leur condition, soit avec une personne libre de tout engagement religieux ou monastique.

Le droit canon reconnaissait à tous ces enfants la faculté de demander des aliments à leurs parents [1]; mais il les excluait tous de la succession de leur père [2], et d'Aguesseau semble croire que son esprit est de les exclure aussi des biens de leur mère; mais il ne pense pas que sur ce point il y ait des textes précis [3]. Mais, du reste, le droit canonique ne traitant pas des successions, nous n'avons pas à nous en occuper davantage.

L'irrégularité de la naissance ne fut pas, dans les premiers siècles de l'Église, une cause d'incapacité pour entrer dans les ordres; ce ne fut que vers le neuvième et le dixième siècle que, la corruption des mœurs ayant passé des laïques aux membres du clergé, les chefs de l'Église se virent obligés d'éloigner de l'autel les enfants de ceux qui le desservaient. Cette décision avait été prise pour que leur présence dans les lieux saints ne rappelât pas la faute dont ils étaient le fruit. « Ut paternæ in-« continentiæ memoria a locis Deo consecratis, etc. [4] »

Cette règle, qui d'abord ne fut appliquée qu'aux enfants des clercs, finit, ainsi que le fait remarquer Van Espen [5], par devenir générale et par être opposée à tous les bâtards. Pour décider de la sorte, il se fonde sur un passage des décrétales ainsi conçu : « Ut filii præsbyterorum et ceteri ex fornicatione « nati ad sacros ordines non promoveantur [6]. »

Cette règle fut confirmée par le pape Urbain II en 1095 [7], et par le pape Innocent II en 1139 [8]. Le pape Alexandre III, dans une décrétale adressée à l'archevêque de Tours, lui prescrit de n'ordonner ni bâtards ni serfs. « Consultationi tuæ taliter respon-« demus, quod neque spurios neque servos ordinare debes [9]. »

[1] Décrét. cap. v, *De eo qui duxit*.
[2] Décrét. cap. x, *Qui filii sint legit*.
[3] D'Aguesseau, *Œuvres*, tome VII, *Diss. sur les bâtards*, p. 401.
[4] Concile de Trente, *Sess. ult. de ref.*, c. 15.
[5] Van Espen, *De jure eccles.*, part. II, tit. x, chap. III, n. 9.
[6] Concile de Poitiers (1078), tit., *De fil. præsb.*, c., *ut fil.*
[7] Concile de Clermont, canon 9.
[8] Concile de Latran, c. 10, *Dist.* 56.
[9] D'Aguesseau, *Dissert. sur les bâtards.*

Des ordres sacrés auxquels elle était d'abord restreinte, la prohibition ne tarda pas à s'étendre à tous les ordres[1]. Cela résulte d'une décrétale du pape Boniface VIII.

En Espagne, l'Église se montrait encore plus rigoureuse envers les bâtards des prêtres. Aux termes du neuvième concile de Tolède tenu en 655, les bâtards des prêtres furent déclarés serfs des églises que leurs pères desservaient. « Cum multæ su-« per incontinentiam ordinis clericorum usque hactenus ema-« naverint sententiæ patrum, et nullatenus ipsorum formari « quiverit correctio morum, usque adeo sententiam judicantium « protraxere commissa culparum, ut non tantum ferretur ultio « in auctoribus scelerum, verum et in progenie damnatorum. « Ideoque quilibet ab episcopo, ad subdiaconum deinceps, vel « ex ancillæ, vel ex ingenuæ detestando connubio in honore « constituti filios procreaverint : illi quidem ex quibus geniti « probabuntur, canonica censura damnentur, proles autem, « tali nata pollutione, non solum parentum hereditatem nun-« quam accipiat, sed etiam in servitutem ejus ecclesiæ, de « cujus sacerdotis, vel ministri ignominia nati sunt, jure perenni « manebunt[2]. »

Au milieu du seizième siècle, le concile de Trente décréta que les bâtards des clercs ne pourraient posséder aucun bénéfice, ni servir de quelque manière que ce soit dans les églises où leurs pères auront des bénéfices ou des fonctions quelconques; que, dans le cas où le père et le fils auraient dans la même église un bénéfice, le fils devrait résigner le sien, ou en serait privé de plein droit. De plus, il fut arrêté que toute dispense à cet égard serait tenue pour subreptice, et que les pères ne pourraient pas résigner leurs bénéfices au profit de leurs enfants[3].

L'inhabilité des bâtards cesse dans trois cas : 1° quand ils obtiennent une dispense; 2° quand ils embrassent la vie religieuse ; 3° quand ils sont légitimés.

A ceux de ces malheureux enfants dont la conduite était exemplaire, l'Eglise accordait facilement des dispenses. Une dispense

[1] Décrét., *De fil. præsb.*, cap. *Si quis*, 8.
[2] Neuvième concile de Tolède, cap. x.
[3] Concile de Trente, *Sess.* 25, c. 15.

du pape ou de ses légats était nécessaire pour être promu aux ordres sacrés, ou pour obtenir un bénéfice avec charge d'âmes. Une dispense de l'évêque suffisait pour les ordres mineurs et les bénéfices simples.

On a admis en France que la dispense de l'évêque suffit non-seulement pour les bénéfices simples et les prébendes des collégiales [1], mais même pour les personnats des cathédrales. Les canonistes français ont ainsi décidé, parce qu'il leur a semblé convenable de ne pas trop restreindre le pouvoir des évêques au profit de la cour de Rome [2].

Pour que les dispenses obtenues du pape soient valables, il est nécessaire que le demandeur exprime clairement quel est le vice de sa naissance, s'il est né *ex soluto et soluta*, ou *ex soluto et conjugata*, ou *ex conjugato et soluta*, ou d'un prêtre ou d'une religieuse. La dispense obtenue pour les ordres n'empêche pas d'être obligé d'en obtenir une autre pour les bénéfices et les dignités [3].

Bacquet nous apprend qu'un bâtard ne pouvait pas être reçu docteur à la Faculté de théologie de Paris [4]. On admettait encore en France que les bâtards ne pouvaient, même avec une dispense, recueillir le bénéfice de leur père [5] ; on avait sur ce point adopté les décisions du concile de Trente.

La profession religieuse faisait aussi cesser l'incapacité résultant du défaut de naissance. Il avait été jugé que le bâtard qui s'était voué au célibat par sa profession avait suffisamment prouvé qu'il était digne d'une plus chaste origine [6]. Il pouvait entrer dans les ordres sacrés, recevoir et tenir, sans dispense, des bénéfices simples. Quant aux bénéfices à charge d'âmes et aux dignités, il ne pouvait les obtenir qu'avec une dispense [7].

Enfin le bâtard trouvait dans la légitimation le troisième et le meilleur moyen de faire disparaître toutes les incapacités qui le frappaient.

[1] Rebuffe, *Prax. Benef. de dispens.*, n. 8 et 10.
[2] Mémoires du clergé, tome XII, page 697.
[3] Pérèze, liv. V, tit. XXVII, Cod.
[4] Bacquet, *Œuvres publiées* par de Ferrière. Paris, 1700, *Traité du droit de bâtardise*, chap. II, p. 765.
[5] Mémoires du clergé, tome XII, p. 701.
[6] Bulle de Grégoire XIV, du 15 mars 1591.
[7] Bacquet, *Du droit de bâtardise*, chap. II, p. 765.

L'Eglise avait emprunté au droit romain deux de ses modes de légitimation : celui par rescrit du prince et celui par mariage subséquent.

Par rescrit du prince, l'Eglise admettait la légitimation de tous les enfants, même de ceux nés *ex damnato et nefario coitu*. Elle distinguait avec soin l'origine de cette légitimation. Si la légitimation émanait du prince, elle ne lui reconnaissait d'effet qu'à l'égard des choses temporelles. Si elle émanait du pape, son effet était borné aux choses spirituelles, excepté dans les pays soumis à la puissance temporelle de la papauté. Dans ce cas, on disait qu'il y avait légitimation *ad utrumque effectum* [1].

Par mariage subséquent, l'Eglise n'admettait la légitimation que des enfants nés de personnes libres, *ex soluto et soluta* [2]. A ce sujet, dans une décrétale de l'an 1172, le pape Alexandre III s'exprime ainsi : « Tanta est vis matrimonii, ut qui antea sunt « geniti, post contractum matrimonium, legitimi habeantur. Si « autem vir, vivente uxore sua, aliam cognoverit et ex ea pro- « lem susceperit, licet post mortem uxoris eamdem duxerit, « nihilominus spurius erit filius et ab hereditate repellendus, « præsertim si in mortem uxoris prioris alteruter eorum aliquid « fuerit machinatus [3]. »

Le même pape Alexandre III, dans une décrétale de l'an 1190, considère comme légitime l'enfant naturel que ses parents auront légitimé par leur mariage subséquent.

Pour que le mariage produisît la légitimation, il était indispensable que l'enfant fût né des deux personnes qui s'épousaient ; il fallait, de plus, qu'il ne fût ni adultérin, ni incestueux. La légitimation avait lieu toutes les fois que le mariage était valable ; par conséquent, l'enfant naturel était légitimé par le mariage contracté par ses parents sur le point de mourir, car l'Eglise reconnaissait les mariages *in extremis*.

Un mariage intermédiaire qui se serait intercalé entre la naissance de l'enfant naturel et le mariage des parents de ce dernier n'empêchait pas sa légitimation ; car, au moment de sa

[1] Pérèze, liv. V, tit. XXVII, Cod.

[2] Décrét. cap. VI, *qui filii sint legit.*

[3] Liv. IV, tit. XVII, *qui filii sint legit.*, chap. VI. C. *Tanta*, Corpus juris canonici.

conception, il n'existait pas d'obstacle au mariage de son père et de sa mère. Le droit canon admettait aussi la légitimation de l'enfant d'une courtisane par le mariage de cette femme avec le père de l'enfant. Les canonistes repoussaient la doctrine contraire de la Novelle 74, parce que la décrétale du pape Alexandre III n'excluait de la légitimation que les enfants adultérins ou incestueux.

Le désir de rendre la légitimation aussi fréquente que possible avait fait admettre par un grand nombre de canonistes [1] qu'un enfant pouvait être légitimé, lorsqu'au moment de sa naissance rien ne s'opposait au mariage de ses parents, quand même ce mariage eût été impossible au moment de la conception. L'état des enfants, disaient-ils, est généralement fixé par leur naissance, et ce n'est que dans les cas où cela peut leur être favorable qu'on remonte jusqu'à leur conception ; et, à l'appui de leur opinion, ils citaient ces paroles de Justinien : « Cum enim dubitaretur utrum oporteat conceptus, an partus « respici tempus, sancimus, ut non tempus conceptus, sed « partus inspiciatur, propter filiorum utilitatem. Si vero conti- « gerit tales aliquas excogitari circumstantias casuum, in qui- « bus est utilius conceptionis tempus quam partus : tempus « illud valere magis præcipimus quod utilius sit nascenti [2]. »

Le droit canon permettait encore à un homme qui avait un petit-fils naturel, fils légitime d'un fils naturel, de légitimer à son égard cet enfant, en épousant, même après la mort de son fils, la mère de ce dernier. C'était en faveur des enfants que le droit canonique décidait ainsi.

Par le seul fait du mariage des père et mère, la légitimation des enfants déjà nés avait lieu de plein droit. *Tanta est vis matrimonii, ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur.* Les parents n'avaient pas de consentement à donner, il ne dépendait pas d'eux d'accorder ou de refuser la légitimation. Il n'était pas non plus nécesssaire que, lors de la célébration du mariage, les enfants fussent mis sous le poêle, quoique cette cérémonie eût le grand avantage de constater solennellement la reconnaissance et la légitimation des enfants.

[1] Schmalzgruber, Sanchez, Molina, etc.
[2] Novelle LXXXIX, chap. VIII.

Pas plus que leurs parents, ces derniers n'avaient de consentement à donner; ils étaient légitimés malgré eux, à l'encontre de ce qui se passait en droit romain.

Nulle différence n'existait entre les enfants ainsi légitimés et les enfants légitimes. Comme ces derniers, les enfants légitimés par le mariage subséquent pouvaient, ainsi que ceux légitimés par lettres du pape, recevoir sans dispense les ordres sacrés, les bénéfices et dignités ecclésiastiques quelconques. A partir de Sixte-Quint, toutefois, le cardinalat leur fut interdit.

Les canonistes considéraient l'enfant légitimé par le mariage subséquent de ses père et mère comme né d'un mariage légitime; ils supposaient que le mariage avait eu lieu au moment de sa conception. Il résultait de là qu'ils lui accordaient tous les droits attachés à la primogéniture, même au détriment de ceux de ses frères légitimes que son père aurait eus d'un premier mariage intercalé entre la naissance de l'enfant légitimé et le mariage avec la mère de celui-ci.

D'après le droit canon, c'était devant les juges ecclésiastiques que devaient se porter toutes les questions relatives à la légitimation, quoiqu'elles se rattachassent à des questions de successions. Mais cette prétention ne fut pas admise en France, où toutes les questions de légitimité étaient considérées comme relevant des tribunaux civils [1].

C'était une règle générale en France qu'on ne devait pas mettre au nombre des bâtards les enfants exposés, ni ceux issus d'unions adultérines, si la circonstance ou l'empêchement qui invalidait ces unions était ignoré ou du père ou de la mère; la bonne foi de l'un des conjoints étant suffisante pour assurer aux enfants le bénéfice de la légitimité.

Sans vouloir établir de parallèle entre le droit canonique et le droit romain, nous ferons cependant remarquer en terminant que, tandis que le droit romain déclare les enfants nés du concubinat et les *spurii* citoyens de l'empire et les proclame aptes aux honneurs et aux dignités, le droit canon au contraire interdit aux bâtards qui n'ont pas obtenu une dispense à cet effet d'aspirer aux ordres sacrés, aux bénéfices et aux dignités ecclésiastiques; mais il accorde des aliments aux enfants *ex*

[1] D'Aguesseau, *Œuvres*, tome VII, *Dissertation sur les bâtards*, page 403.

damnato coitu nati, et le droit romain ne fait rien de semblable.

LÉGISLATIONS BARBARES.

CELTES.

Lorsque les Romains pénétrèrent dans les Gaules, ils trouvèrent ce pays habité par des peuples de race celtique. Du droit gaulois, il ne nous est à peu près rien parvenu ; les quelques notions que nous en avons, nous les devons aux écrits de Jules César, de Pline et de Strabon, corroborées à l'aide des coutumes galloises, bretonnes et irlandaises.

Il est certain que, chez les Gaulois, les chefs avaient plusieurs femmes ; on ne peut en douter devant l'emploi du pluriel que fait César, lorsqu'il parle des femmes de ces chefs [1]. César était Romain, partant jurisconsulte ; il n'aurait pas écrit à la légère *uxores* pour *uxorem*, si les chefs gaulois n'eussent eu qu'une seule épouse. Mais faut-il conclure de là, avec certains auteurs, que la polygamie était répandue dans toute la Gaule et communément pratiquée ? Nous ne le pensons pas. Nous croyons au contraire que les chefs seuls étaient polygames, et quand nous examinons la constitution de la famille gauloise, nous nous fortifions davantage dans cette conviction [2].

En se mariant, l'homme devait tirer de son patrimoine une valeur égale à celle apportée par la femme qu'il épousait. Ces deux valeurs étaient réunies et formaient un tout dont on ne pouvait disposer, et auquel venaient encore s'ajouter les fruits produits pendant le mariage ; à la dissolution de l'union, la masse entière appartenait au survivant des deux époux [3].

[1] « Viri in uxores, sicut in liberos vitæ necisque habent potestatem : et « quum paterfamiliæ, illustriori loco natus, decessit, ejus propinqui con- « veniunt, et, de morte si res in suspicionem venit, de uxoribus in servi- « lem modum quæstionem habent, et si compertum est, igni atque omni- « bus tormentis excruciatas interficiunt. » César, *Commentarii de bello gallico*, lib. VI, chap. XIX.

[2] M. Chambellan, *Études sur l'histoire du droit français*, première partie, p. 278 et suiv.

[3] « Viri quantas pecunias ab uxoribus dotis nomine acceperunt, tantas « ex suis bonis æstimatione facta, cum dotibus communicant. Hujus omnis

Tant que durait le mariage, une partie des biens du mari ne se trouvait plus à sa disposition, et cette quotité indisponible s'accroissait en raison du nombre de ses femmes. Il n'y avait donc que les gens riches, que les chefs, qui pouvaient se permettre ce luxe dispendieux. Au reste, la polygamie des chefs de la tribu ne se rencontre pas seulement chez les Gaulois, elle a existé et existe encore chez presque tous les peuples à l'enfance de leur civilisation : c'est comme un privilége qui est réservé aux puissants et qui atteste leur supériorité.

Ces coutumes polygames des Gaulois portent à croire que la position des enfants naturels chez ces peuples ne devait pas être bien fâcheuse. Mais quelle était exactement cette position ? On ne le sait pas, rien à cet égard ne nous est parvenu. Peut-être ne s'éloignerait-on pas trop de la vérité en l'assimilant à celle faite aux enfants illégitimes par les habitants de la Grande-Bretagne, ces congénères des Gaulois.

Quoique Rome se fût emparée de la Grande-Bretagne, elle ne parvint jamais à modifier ce pays comme elle avait transformé les Gaules. Les vieux usages et la vieille langue survécurent à la domination romaine, et, après la retraite des légions, il ne resta plus rien, dit-on, du passage des Romains dans ce pays. Il se forma une foule de petites royautés impuissantes à lutter contre les peuples du Nord, qui à plusieurs reprises envahirent la Grande-Bretagne. Les Bretons repoussés émigrèrent vers le continent, et vinrent s'établir dans l'Armorique. La nationalité bretonne résista sur quelques points aux Anglo-Saxons, surtout en Cornouailles et dans le pays de Galles. Ce fut ce dernier pays qui opposa la plus longue résistance, et c'est là surtout que se sont conservés le langage et les mœurs antiques, c'est là qu'on peut espérer rencontrer quelques-uns des principes du vieux droit des Celtes.

Dans l'origine, paraît-il, les Gallois traitaient les enfants issus d'une concubine comme ceux nés d'une épouse [1]. L'enfant

« pecuniæ conjunctim ratio habetur, fructusque servantur : uter eorum « vita superârit, ad eum pars utriusque cum fructibus superiorum tem- « porum pervenit. » César, *Commentarii de bello gallico*, lib. VI, cap. XIX.

[1] S'il faut en croire César, la communauté des femmes aurait existé, dans une certaine mesure, chez les habitants de la Grande-Bretagne au moment où le conquérant des Gaules envahit le sol breton. « Uxores, *dit-*

adultérin lui-même faisait partie de la famille de sa mère, et y avait les mêmes droits que s'il eût été légitime [1]. Non-seulement le père pouvait reconnaître volontairement comme sien l'enfant naturel, mais il pouvait être obligé de le faire, s'il lui avait une seule fois donné des aliments. La mère pouvait, de son côté, attribuer la paternité de son enfant à l'homme qu'elle soupçonnait en être le père. Mais, d'après les lois de Hoël le Bon, l'homme, en jurant que l'enfant n'avait pas une goutte de son sang dans les veines, se déchargeait de cette paternité intempestive. D'après les Triades, au contraire, celui désigné par la mère comme étant le père de l'enfant ne pouvait le désavouer [2].

Après la mort de son père, l'enfant pouvait encore être reconnu par sa famille paternelle. Voici comment il était reçu dans la famille : « Si le père est mort, le chef de famille, assisté de six des hommes les plus honorables de la famille, a pouvoir de le recevoir. Le chef de la famille prendra les deux mains de l'enfant dans les siennes et lui donnera un baiser ; puis il placera la main droite de l'enfant dans celle du plus ancien des assistants, qui le baisera aussi. L'enfant passera ainsi de main en main jusqu'au dernier [3]. »

Lorsque le fils légitime était aveugle, sourd ou incapable de faire le service du seigneur, les lois d'Hoël appelaient à sa place, à la succession du fief paternel, son frère illégitime. Ces mêmes lois décidaient que l'enfant issu d'une femme violée par un étranger hériterait des biens de sa mère ; mais que si la femme s'était de son plein gré abandonnée à cet étranger, les enfants issus de ces relations seraient exclus de la succession de leur mère. Les Gallois considéraient une telle union comme

« *il*, habent deni duodenique inter se communes, et maxime fratres cum « fratribus, parentesque cum liberis ; sed, si qui sunt ex his nati, eorum « habentur liberi, quo primum virgo quæque deducta est. » César, *Commentarii de bello gallico*, lib. V, cap. XIV.

[1] M. Kœnigswarter, *Essai sur la législation des peuples*, etc., page 49.

[2] Probert, *Lois galloises*, p. 135. — M. Michelet, *Origines du droit français*, page 49.

La façon dont la femme s'y prenait pour attester la paternité d'un homme est assez curieuse pour être rapportée : « Si la femme persiste dans l'accusation, qu'elle jure la main droite sur les reliques... *et membro virili sinistra prehenso, quod is per vim se isto membro violaverit...* »

[3] M. Michelet, *Origines du droit français*, page 12.

criminelle. Tout étranger pour eux était un ennemi. S'allier à lui, c'était commettre une faute, et ils la punissaient dans la personne des enfants [1].

En Irlande, on ne distinguait pas non plus entre les enfants légitimes et illégitimes, tous avaient les mêmes droits. « Le droit de succession, dit M. Michelet, appelé par les Irlandais *Gabhailcine*, donnait une part égale à tous les enfants, garçons ou filles, légitimes ou illégitimes [2]. »

Après l'invasion des îles britanniques par les Anglo-Saxons, les coutumes germaniques s'introduisirent dans le pays, et devinrent la base du droit anglais au moyen âge.

GERMAINS.

Plusieurs siècles s'étaient écoulés depuis l'invasion romaine dans les Gaules, lorsque des hordes barbares accourues du nord-est vinrent expulser les Romains des contrées qu'ils avaient jadis arrachées aux Celtes. Ces barbares, qui envahirent presque toute l'Europe occidentale, et dont les coutumes mêlées au droit romain ont donné naissance au droit moderne, ce sont les Germains.

Toutes les fois qu'on veut savoir quelque chose sur les mœurs des Germains lorsqu'ils habitaient encore les forêts et les marécages de l'Europe centrale, c'est Tacite qu'il faut consulter ; c'est lui qui est le plus apte à nous renseigner sur des usages en pratique de son temps.

Au dire de l'historien romain, leurs mœurs étaient chastes. Presque seuls entre les barbares, ils se contentaient d'une seule femme, sauf un petit nombre qui en prenaient plusieurs non par libertinage, mais parce que leur noblesse faisait ambitionner leur alliance [3]. Les femmes vivaient gardées par leur vertu, sans spectacles dont les séductions aient pu les corrompre, sans festins dont la sensualité ait pu les exciter. Les adultères étaient

[1] M. Kœnigswarter, *Essai sur la législation*, etc., page 49.

[2] M. Michelet, *Origines du droit français*, page 63 et 64.

[3] « Nam prope soli barbarorum singulis uxoribus contenti sunt, exceptis « admodum paucis, qui non libidine, sed ob nobilitatem, plurimis nuptiis « ambiuntur. » Tacite, *Germania*, chap. XVIII.

Il en était de même, croyons-nous, chez les Gaulois.

très-rares dans une nation si nombreuse. La peine était immédiate, et c'était au mari qu'il appartenait de l'infliger. Les cheveux coupés, nue, en présence des proches, la coupable était chassée de la maison par son mari, qui la conduisait à coups de fouet à travers la bourgade. Il n'y avait point de pardon pour la pudeur qui s'était prostituée. Ni la beauté, ni l'âge, ni les richesses ne faisaient trouver un autre époux à la femme coupable.

Nul ne riait des vices, et corrompre et être corrompu ne s'appelait pas vivre selon le siècle. On agissait encore mieux dans certaines localités où les vierges seules pouvaient se marier. « Numerum liberorum finire, ajoute Tacite, aut quemquam ex « agnatis necare flagitium habetur ; plusque ibi boni mores va- « lent, quam alibi bonæ leges[1]. » Amère allusion à la dépravation romaine, et aux lois Julia et Papia Poppæa !

La sévérité des mœurs germaniques, dans tout ce qui touche aux rapports des deux sexes, est un indice certain de la condition fâcheuse des enfants illégitimes.

Malheureusement Tacite se tait sur ce point, et les lois barbares qui sont parvenues jusqu'à nous ont certainement subi quelques modifications sous l'influence de l'Église et du droit romain. Néanmoins un coup d'œil jeté sur ces lois suffit pour convaincre de la probabilité de notre conjecture.

Le bâtard est considéré comme étranger ; il ne fait partie ni de la famille paternelle, ni de la famille maternelle ; il n'a droit ni à la succession, ni à la protection de qui que ce soit.

Tous les peuples de race germanique ne tenaient pour légitimes que les enfants nés d'époux d'une égale condition. Toute union entre personnes de condition différente était défendue ; quelques peuples punissaient sévèrement les contrevenants, d'autres se contentaient de les frapper ainsi que leurs enfants d'une incapacité civile.

Si un homme avait épousé une femme d'un rang supérieur au sien, il était mis à mort, d'après les anciennes coutumes saxonnes[2].

Chez les Frisons, lorsqu'une femme avait épousé un *litus*, le

[1] Tacite, *Germania*, chap. XIX.

[2] M. Kœnigswarter, *Essai sur la législation des peuples*, etc., p. 20.

croyant libre, elle et ses enfants partageaient la condition de son mari. Toutefois elle pouvait éviter cette catastrophe, en jurant que, depuis qu'elle avait eu connaissance de la qualité de son époux, elle avait cessé d'avoir toute espèce de relations avec lui[1].

Moins sévères que les Frisons et les Saxons, les Allemands se contentaient de déclarer incapable de succéder à la terre paternelle la femme qui avait épousé un *litus*. Ils lui laissaient tous ses droits sur la masse des autres biens formant la succession[2].

La loi des Bavarois exclut de la succession paternelle les enfants qu'un homme a eus de son *ancilla*[3]; elle se borne à les recommander à la compassion des enfants légitimes. « Si vero « de ancilla habuerit filios, non accipiant portionem inter fra- « tres, nisi tantum quantum eis per misericordiam dare volue- « rint fratres eorum; quia in Lege veteri scriptum est : *Non enim* « *erit hæres filius ancillæ cum filio liberæ*. Tamen debent mise- « ricordiam considerare, quia caro eorum est[4]. »

Un autre peuple de race germanique, les Lombards, avait envahi la Gaule Cisalpine, et s'était établi dans la vallée du Pô, qui depuis a pris le nom de Lombardie. Le milieu essentiellement romain où il se trouva agit fortement sur ses institutions, et son droit porte la trace évidente de l'influence des idées romaines. Dans l'origine, le droit lombard se montre très-dur à l'égard des enfants illégitimes, puis il s'adoucit et finit par sévir de nouveau. C'est ainsi que dans les premiers temps nous voyons les Lombards mettre à mort la femme ingénue qui s'unit à un serf. Plus tard, ils se contentent de la réduire en servage avec ses enfants, et même, si le maître de son époux ne la réclame pas, ils lui rendent à la mort de son mari et sa liberté et ses biens, et ses enfants sont libres comme elle. On déclara aussi que l'union d'un homme libre avec sa serve ou son affranchie serait valable, si la qualité d'ingénue avait été donnée à la femme, et si, en lui remettant le *morgengab*, le mari l'avait déclarée son épouse légitime. Quant à l'enfant qu'une serve a d'un

[1] Loi des Frisons, tit. VI.
[2] M. Kœnigswarter, *Essai sur la législation des peuples*, etc., p. 22.
[3] M. Pardessus, *Loi salique, Dissert.* 14e, page 698.
[4] Lex Bajuvariorum, tit. XIV, chap. IX.

autre que son maître, il est serf comme elle, et ne peut prétendre succéder à son père que si ce dernier l'a racheté.

En 643 après Jésus-Christ, le roi Rotharis donna un code aux Lombards, d'après lequel les enfants naturels sont appelés en concours avec les enfants légitimes; mais chacun de ces derniers doit avoir le double de ce qui revient à son frère naturel, et le père ne peut pas augmenter la quotité attribuée au bâtard, si, à leur majorité, les enfants légitimes n'y consentent pas. Réciproquement les parents du bâtard purent lui succéder. Un siècle s'était à peine écoulé, que Luitprand, revenant sur les dispositions de son prédécesseur, défendit au père qui avait des enfants légitimes de rien donner à ses bâtards à quelque titre que ce soit; cependant il permit à leurs frères légitimes de leur accorder quelque chose, s'ils le jugeaient à propos. « Hoc « autem ideo constituimus, dit le roi, ut omnis homo, qui vult, « accipiat legitimam uxorem : nam non illicitas contrahat nup- « tias[1]. »

De tous les Germains, les Wisigoths étaient peut-être ceux qui se montraient le plus inexorables envers les personnes qui ne tenaient pas compte de la prohibition du mariage entre individus de condition inégale. Ils déclaraient serve l'affranchie qui s'alliait à un serf, et de même ils déclaraient serf l'affranchi qui épousait une serve. Quant à l'homme libre qui s'unissait à la serve d'autrui, il était condamné à recevoir trois cents coups de fouet. Si c'était une ingénue qui s'était mariée avec le serf d'autrui, on lui appliquait la même peine, puis elle était renvoyée à ses parents, et si ces derniers ne voulaient pas la recevoir, elle tombait, comme serve, au pouvoir du maître de celui auquel elle n'avait pas craint de s'unir. S'il était né des enfants d'une telle union, les malheureux étaient serfs comme leur père; toutefois, si pendant trente ans on les avait traités en hommes libres, ils acquéraient cette qualité[2].

Enfin, chose affreuse, lorsqu'une femme libre s'était unie à son serf ou à son affranchi, on flagellait publiquement les deux coupables, puis on les brûlait vifs tous les deux. Leurs enfants,

[1] Lois lombardes, l. 2, tit. I–XIV.
[2] Lex Visigothorum, l. 3, tit. II, § 3.

s'il en était né avant le supplice des deux époux, étaient serfs et ne pouvaient succéder à leurs parents[1].

A côté des Wisigoths se trouvaient les Burgondes. Eux aussi étaient d'origine germanique, eux aussi se montraient impitoyables pour les unions disproportionnées et pour les enfants qui en résultaient. Les parents de la femme ingénue pouvaient la tuer, si, sans y avoir été obligée par la violence, elle s'unissait à son propre serf. Si, par hasard, sa famille touchée de pitié lui accordait la vie, la loi en faisait la serve du roi[2].

Nous avons à nous occuper actuellement de la législation d'une peuplade germaine qui était appelée à jouer un grand rôle dans l'histoire de l'humanité. Les Francs, après avoir chassé les Romains du centre des Gaules, en avaient aussi expulsé les Visigoths qui s'étaient établis au sud, et ils avaient fondé cet empire qui, plus tard, devait prendre le nom de France.

Au moment de leur invasion, les Francs se subdivisaient eux-mêmes en plusieurs tribus, dont les principales étaient celle des Ripuaires et celle des Saliens.

Comme tous les autres Germains, les Ripuaires désapprouvaient les unions inégales. Seulement, moins rudes que les Saxons, moins rigoureux que les Wisigoths, ils ne condamnaient pas les coupables au dernier supplice, mais décidaient que les enfants suivraient en principe le sort de celui de leurs parents qui avait la pire condition, et que tout individu qui, suivant son sexe, épouserait le serf ou la serve d'un Ripuaire, deviendrait serf ainsi que les enfants qui naîtraient de cette union.

Dans le cas où c'était une femme libre qui avait épousé un serf, ses parents pouvaient attaquer le mariage. Le roi présentait alors à la femme une épée et une quenouille, et la laissait maîtresse de décider de sa position future. Elle pouvait reconquérir sa liberté en immolant, avec l'épée qu'on lui tendait, le serf auquel elle s'était donnée. Si elle le préférait à la liberté, elle n'avait qu'à prendre la quenouille, et elle partageait son sort[3].

La loi salique décidait qu'en s'alliant à un serf du roi ou à

[1] Lex Visigothorum, l. 3, tit. II, § 2.
[2] Lex Burgundorum, tit. XXXV, §§ 2 et 3.
[3] Loi ripuaire, tit. LVIII, §§ 11, 15, 16 et 18.

un *litus*, la femme ingénue perdrait sa liberté; qu'un Franc, en épousant une serve, deviendrait serf comme elle. De plus, elle frappait d'une peine pécuniaire toutes les atteintes portées à la morale publique, tous les actes contraires à la pudeur. Enfin elle déclarait infâmes tous ceux qui contractaient des unions criminelles ou défendues, et écartait de la succession de leurs parents les enfants qui en naissaient [1].

Aux yeux des Germains, la parenté, à moins qu'elle ne fût par trop rapprochée, n'était pas une cause d'empêchement au mariage. Aussi M. Pardessus pense-t-il que ce fut sous l'influence des idées romaines et canoniques qu'une disposition contre les unions entre personnes parentes fut insérée dans la loi salique. Les enfants issus de ces unions réputées incestueuses furent déclarés incapables de toute succession.

Il n'existe point, au dire du même auteur, de documents propres à nous faire connaître si le père pouvait, par un acte de sa volonté, rendre ses enfants naturels habiles à hériter. La formule 47 de l'*Appendice* de Marculfe pourrait peut-être jeter quelque lumière sur ce point. Elle constate que l'affranchissement accordé par un homme à la fille qu'il aurait eue de son esclave ne suffisait pas pour la rendre apte à recueillir les biens de son père, mais qu'il fallait en outre un acte spécial de la volonté paternelle pour conférer à cette fille illégitime le droit d'hérédité [2].

En résumé, chez les Germains, l'enfant naturel était mal

[1] Loi salique, tit. XXVII, § 3. « Si quis Francus alienam ancillam sibi « publice junxerit, ipse cum ea in servitio permaneat. »

Tit. XXII, § 1. « Si quis homo ingenuus ingenuæ feminæ manum aut di- « gitum strinxerit, 600 denariis culpabilis judicetur. »

§ 2. « Si vero brachium strinxerit, 700 denariis culpabilis judicetur. »

§ 3. « Si autem super cubitum manum miserit, 1,400 denariis culpabilis « judicetur. »

§ 4. « Si ergo mamillam strinxerit, 1,800 denariis culpabilis judicetur. »

Tit. XIV, § 6. « Si vero puer regis, vel litus, ingenuam feminam traxerit, « de vita componat. »

§ 7. « Si vero ingenua femina quemque de illis sua voluntate secuta « fuerit, ingenuitatem suam perdat. »

§ 16... « Atque etiam si filios habuerint, non habeantur legitimi hæredes, « sed infamia sint notati. »

[2] Pardessus, *Loi salique*, *Dissertat.*, 14e page 698.

traité; au lieu de suivre toujours la condition de sa mère, on lui imposait celle de celui de ses parents qui avait la pire. Il ne faisait point partie de la famille, il n'héritait pas de ses parents, et à sa mort ses biens passaient au roi.

La légitimation a-t-elle été en usage chez les peuples de race germanique? La légitimation proprement dite, non. Mais ils employaient divers moyens pour placer l'enfant naturel sous la garde de son père et lui assurer une place au foyer domestique. C'était à vrai dire plutôt une adoption ou une reconnaissance qu'une légitimation[1]. « Des cérémonies symboliques, dit M. Kœnigswarter, accompagnaient cet acte : le père prenait l'enfant qu'il voulait reconnaître sur ses genoux, ou bien il le mettait sous son manteau, ou bien il chaussait avec lui le même soulier[2]. »

Avec le temps, grâce au christianisme et au droit romain, la position des enfants nés hors mariage se modifia peu à peu. Ainsi la formule 52 de l'*Appendice* de Marculfe nous apprend qu'il fut permis au père, à défaut de descendants légitimes, de laisser à ses enfants naturels l'universalité de ses biens.

Un capitulaire défendit aux enfants incestueux d'hériter de leurs parents, et déclara infâmes le père et la mère[3].

Il résulte de diverses formules qu'il était loisible à celui qui recueillait un enfant exposé d'en faire, à son gré, un serf ou un homme libre[4]. M. Pardessus ne doute pas que, quoique l'origine de cette disposition fût romaine, elle ne fût applicable soit au cas où un Franc recueillait un Romain, soit à celui où un homme vivant sous la loi romaine recueillait un Ripuaire ou un Salien[5].

De même que les empereurs de Constantinople, les princes francs, poussés par le clergé, entamèrent la lutte contre le concubinat, qui existait encore à l'état d'institution légale dans les provinces autrefois soumises aux Romains. Ils déclarèrent que l'enfant de la concubine n'aurait pas de droit à la succession de son père mort intestat. « Non omnis mulier viro juncta uxor est

[1] M. Michelet, *Origines du droit français*, page 11.
[2] M. Kœnigswarter, *Histoire de l'organisation de la famille*, etc., p. 142.
[3] Capitul., lib. VI, 410.
[4] Sirmond., *form.* 11. — Marculfe, *form.* 48.
[5] M. Pardessus, *Loi salique*, *Dissertat.*, 7e, page 518.

« viri, neque omnis filius hæres est patris; itaque aliud est uxor, « aliud concubina[1]. »

Ce fut certainement sur les incitations des évêques, et non d'après leurs propres convictions, que ces mesures contre le concubinat furent prises par les princes francs. La preuve en est dans leurs actes, qui sont en contradiction formelle avec leurs prescriptions.

Grégoire de Tours, en effet, nous apprend que le roi Chlother, du vivant de sa femme Ingonde, et sans l'avoir répudiée, épousa la sœur de cette femme; elle se nommait Aregonde[2]. Son fils Haribert marcha sur ses traces : quoique marié à Ingoberghe, il prit pour maîtresse Markowèfe. Puis, après avoir répudié Ingoberghe, il épousa à sa place Méroflède, sœur de sa maîtresse. « Bientôt, dit M. Augustin Thierry, trouvant qu'une seule femme légitime ne lui suffisait pas, Haribert donna solennellement le titre d'épouse et de reine à une fille nommée Théodehilde. Quelques années après, Méroflède mourut, et le roi se hâta d'épouser sa sœur Markowèfe[3]. »

SCANDINAVES.

Au nord des Gaules et de la Germanie s'étendaient de vastes contrées presque inconnues des Romains, et désignées par eux sous les noms de Scandie et de Chersonèse Cimbrique. Ces pays étaient habités par les Scandinaves. La communauté d'origine des Scandinaves et des Germains ressort, dit-on, de la similitude des langues des deux peuples et de l'analogie de leur droit. Ce sont les mêmes mœurs, les mêmes usages, le même état social. La Scandinavie, perdue dans les mers du Nord, ne se ressentit jamais de l'influence de Rome, et ce ne fut même que vers le commencement du neuvième siècle que le christianisme y fut introduit pour la première fois par Anschaire.

L'Islande, d'abord peuplée par des colons norwégiens, vécut longtemps dans l'indépendance; elle passa ensuite sous la do-

[1] Capit., lib. VII, 59.

[2] Gregorius Turonensis, *Hist. franc.*, lib. IV, *apud script. rer. gallic., et francic.*, tome II, page 205.

[3] M. Augustin Thierry, *Récits des temps mérovingiens*, page 205.

mination de la Suède, et, un siècle après, sous celle du Danemark. Cette petite île nous a laissé de précieux renseignements sur les mœurs et les coutumes des anciens Scandinaves. Ses Sagas surtout, qui remontent à une époque très-ancienne, nous fournissent quelque lumière sur le sujet qui nous occupe.

Il paraît que les anciens Scandinaves étaient, comme les Germains, monogames; mais il paraît aussi qu'ils n'observaient pas rigoureusement ce principe, et qu'à côté de l'épouse légitime on trouvait souvent la concubine : à vrai dire, cette dernière n'avait aucune autorité dans la maison, elle était plutôt la servante que la rivale de l'épouse. Autant elle s'éloignait de la concubine romaine, autant elle se rapprochait de la concubine des Juifs aux temps patriarcaux.

Partageant l'aversion des Germains pour les unions contractées par des personnes de conditions différentes, les Scandinaves allaient jusqu'à déclarer bâtard l'enfant qu'une femme avait conçu d'un serf, qu'elle affranchissait ensuite pour l'épouser, ou bien encore celui qui aurait été conçu à une époque où sa mère était encore serve. En un mot l'enfant suivait la condition de celui de ses parents qui avait la plus mauvaise, au moment de sa conception.

D'après l'ancien code islandais, connu sous le nom de Gragas, les bâtards ne pouvaient pas hériter de leurs parents, tant que ceux-ci avaient des parents du premier degré, en ligne descendante, ascendante ou collatérale.

On considérait comme bâtards les enfants nés d'exilés ou de mendiants; il en était de même de ceux qui résultaient du mariage d'un fou ou de celui d'un octogénaire, si le mariage avait eu lieu sans l'assentiment de leurs parents.

Si de la colonie nous passons à la métropole, nous verrons qu'en Norwége la position des enfants naturels était la même qu'en Islande, ce qui n'est point surprenant. Une différence cependant existait : en Norwége l'aïeul paternel et le petit-fils excluaient les enfants illégitimes de la succession de leur père, tandis qu'en Islande le contraire avait lieu. Au reste, en Norwége comme en Islande, il n'y avait de légitime que l'enfant né d'une femme achetée par son mari. L'achat de la femme faisait la légitimité des enfants et du mariage.

De l'autre côté des Dofrines ou Alpes Scandinaves on ren-

contre une législation plus bienveillante pour les enfants naturels, quoique là aussi les mésalliances ne soient pas tolérées. Les anciennes lois de la Suède et de la Gothie décidaient, à l'encontre des autres lois scandinaves et germaniques, que l'enfant né de parents de conditions inégales suivrait le sort de celui de ses parents qui aurait le meilleur. Ainsi, l'enfant né d'une serve et d'un ingénu était ingénu. Bien plus, ces lois déclaraient légitime et apte à succéder l'enfant dont la mère avait été la victime d'un rapt ou d'un viol.

Quand il s'agissait de faire arriver l'enfant illégitime à la succession de ses parents, les anciennes lois de la Scandie n'étaient plus d'accord. Les unes, par leur bienveillance, rappellent les lois galloises. D'autres, au contraire, font songer au sénatus-consulte orphitien. Enfin, il en est qui accusent fortement leur origine germanique. C'est ainsi que les lois de la Suède appellent l'enfant naturel à la succession de sa mère et à une partie de celle de son père ; que dans la Gothie occidentale l'enfant né hors mariage ne succède qu'à sa mère, et que dans la Gothie orientale il est exclu de la succession maternelle comme de la succession paternelle.

Si nous avons pu dire que certaines lois de la Suède rappelaient les coutumes celtiques, à plus forte raison nous pourrons en dire autant des anciennes lois du Danemark. Dans ce pays, lorsque le christianisme y était inconnu, on ne distinguait pas entre les enfants légitimes et les enfants naturels : tous étaient appelés à succéder à leur père. La loi était d'autant plus indulgente que les mœurs des hommes étaient plus dissolues. L'enfant adultérin d'un homme lui succédait comme un fils légitime. Il n'en était pas de même de celui d'une femme, auquel on enlevait tout droit de succession, les femmes n'ayant pas la permission d'imiter leurs époux.

La recherche de la paternité n'était pas défendue par les anciennes lois scandinaves. Devenu grand, l'enfant pouvait, en provoquant son père au combat et en triomphant de lui, prouver aux yeux de tous qu'il était son fils, et acquérir de la sorte des droits à sa tendresse et à sa fortune. D'un autre côté, le père naturel pouvait, de son plein gré, reconnaître et légitimer son enfant. Nous savons par les anciennes lois norwégiennes qu'on obtenait ce résultat au moyen d'une adoption qui pro-

curait à l'enfant le droit de succéder à l'adoptant et à toute sa famille[1].

SLAVES.

La tradition établit que dans les premiers temps les Slaves enlevaient les femmes qu'ils voulaient épouser. Il n'y a rien là qui doive nous surprendre : ce procédé matrimonial a été et est encore pratiqué par tous les peuples plongés dans la barbarie.

Il paraîtrait, s'il faut s'en rapporter à Diderot, que les femmes en Lithuanie, outre leurs maris, pouvaient avoir plusieurs amants. Cela nous paraît douteux. Les barbares n'ont jamais aimé les femmes infidèles.

Plus tard, l'enlèvement fut remplacé par l'achat de la femme[2], ce qui était déjà un progrès et un pas fait vers la civilisation.

Les Slaves, au dire de Procope, étaient grands, robustes et fort sales; ils vivaient misérablement dans de pauvres chaumières éloignées les unes des autres et dont ils changeaient souvent[3]. Ils pratiquaient la polygamie, surtout ceux qui habitaient les contrées connues sous le nom de Poméranie. Quelques auteurs soutiennent que, chez les Slaves de la Pologne et de la Russie, il n'y avait que les chefs qui se permissent plusieurs femmes. Quoi qu'il en soit, toujours est-il que ces habitudes polygames ne se perdirent pas de suite et qu'elles continuèrent même longtemps après l'introduction du christianisme dans ces régions. Il en fut de même du divorce. Miécislaw Ier, duc de Pologne, répudia sept femmes païennes pour épouser la chrétienne Dambrowka.

Les enfants nés de ces femmes des rois slaves que les anciennes chroniques désignent tantôt par le nom d'*uxores*, tantôt par ceux de *concubinæ* ou de *pellices*, avaient le droit de succéder au trône, à défaut d'enfants issus de la principale ou légitime épouse. Quant aux enfants nés des concubines des simples particuliers, on ne trouve rien dans le droit slave qui puisse permettre de leur accorder quelques droits de succession *ab intestat*.

Les peuples de race slave, paraît-il, sévissaient très-rigoureu-

[1] M. Kœnigswarter, *Essai sur la législation des peuples*, etc., pages 66 et suiv.

[2] *Ibid.*, page 75.

[3] Procope, *Bell. goth.*, liv. III, chap. XIV.

sement contre ceux qui violaient les règles par eux reconnues de la morale et de la pudeur. L'évêque de Mersebourg, contemporain de Miécislaw Ier, rapporte que l'adultère ou le fornicateur était attaché avec un clou par l'instrument de son crime. On mettait à sa portée un rasoir, de sorte qu'il fallait de toute nécessité qu'il se mutilât lui-même pour se dégager, à moins qu'il n'aimât mieux périr dans cet état. « Si quis alienis abuti « uxoribus, vel fornicari præsumit, hanc vindictæ subsequentis « pœnam protinus sentit : in pontem mercati is ductus in follem « testiculi clavo affigitur, et novacula prope posita, hic mo- « riendi, sive de his absolvendi dura electio sibi datur[1]. »

Après l'introduction du christianisme en Pologne, on en vint à ne plus considérer comme légitimes les unions qui n'avaient pas reçu la bénédiction de l'Église.

Ce qui semble corroborer l'opinion des auteurs qui soutiennent que la polygamie, communément pratiquée par les Slaves fixés sur les bords de l'Elbe et de la Baltique, ne l'était pas généralement, du moins par les Slaves orientaux, c'est que, chez les anciens Russes, la position des enfants illégitimes était assez mauvaise. Autrefois, en effet, le bâtard russe non-seulement ne succédait pas à son père, mais il était encore, ainsi que sa mère, flétri par l'opinion publique, et si celle qui l'avait mis au monde était serve, il était serf comme elle[2].

LÉON MORILLOT,
Docteur en droit.

(*La suite à un prochain numéro.*)

[1] Ditmarus, lib. ult., p. 106. — M. Michelet, *Origines du droit français*, page 390.

[2] M. Kœnigswarter, *Essai sur la législation des peuples*, etc., pages 76 et 77.

DES FUEROS D'ESPAGNE,

DE LEUR PHYSIONOMIE GÉNÉRALE

COMMENT LA FAMILLE SE CONSTITUE SOUS LEUR INFLUENCE.

---

§ 1. — Signification du mot *Fuero*.

Fuero vient de *forum*. Comme la loi des Wisigoths s'appelait *forum judicum*, *fuero juzgo*, ce mot s'appliqua aux coutumes nationales, qui étaient observées depuis un temps considérable, sans opposition ni entraves, soit de la part du prince, soit de la part du magistrat. On les a quelquefois considérées comme loi non écrite ; mais cette classe de *fueros* ne devrait nullement être appelée ainsi ; car la loi proprement dite doit émaner de l'autorité suprême et être officiellement promulguée. Alphonse le Sage a dit dans les *Partidas :* « La coutume est le droit ou le *fuero* qui n'a pas été écrit, et dont on a usé pendant longtemps [1]. » Donc, quand on rencontre dans les documents publics ces expressions : *donner des fueros, rompre des fueros,* cela veut dire autoriser, confirmer des usages reçus, ou bien s'élever contre eux et les détruire.

Mais le mot *fuero* a encore un autre sens : il peut signifier priviléges, franchises, concession de certaines faveurs, acte d'exemption d'impôts, etc. Dans ce sens, *concéder des fueros, rompre des fueros,* ce n'est pas autre chose qu'octroyer solennellement et par écrit de semblables grâces et exceptions, ou bien les désavouer et les abolir. On pourrait citer pour le prouver d'innombrables documents. Rappelons seulement les *fueros* si connus donnés par Alphonse VI aux Mozarabes, Castillans et Francs de Tolède. Ces chartes de *fueros,* tant estimées et tant célébrées par les habitants de la Péninsule, ne furent que de simples priviléges, des actes très-courts, par lesquels le glorieux conquérant de cette ville accorda diverses faveurs à ces trois classes d'habitants, et ce serait une très-grave erreur de les qualifier de corps général de lois ou de les considérer comme la coutume municipale de cette cité.

[1] Partid. I, ley 4, tit. II.

Une chose assez curieuse, c'est que les villes qui possédaient des *fueros* particuliers avaient des *alcades et juges du fuero*, à la différence des *juges du livre*, c'est-à-dire des magistrats royaux qui jugeaient les causes par le livre des Juges. Mais ces derniers formèrent bientôt une juridiction supérieure à laquelle ressortissaient tous les appels.

§ 2. — Pénalités sous les *fueros*.

Dans leurs rapports avec le sujet qui nous occupe spécialement, le droit criminel, les *fueros* contiennent des dispositions très-variées, ou même incohérentes et inspirées par des principes en apparence opposés. Tantôt ce sont des peines atroces appliquées non-seulement à des crimes graves, mais encore à de légers délits; tantôt c'est une sorte d'impunité relative assurée aux meurtres les plus sanglants.

Le *fuero* de Tolède passe pour être antérieur à la plupart des *fueros*; car sa première publication remonte au roi Alphonse VI, en 1085. Mais il semble un peu moins barbare que les *fueros* qui l'ont suivi. Il est donc postérieur, si l'on peut s'exprimer ainsi, au point de vue de la chronologie morale.

Le *fuero* de Tolède est considéré comme une réaction du gouvernement civil contre le gouvernement militaire. Il assura aux habitants de Tolède une application moins imparfaite des lois pénales.

Ailleurs, et surtout dans les *Marches* ou pays frontières récemment arrachés aux Mores, l'arbitraire du gouverneur était immense, et l'épée l'emportait sur la toge. A Tolède, tous les procès civils et criminels devaient se juger par l'alcade, assisté de dix personnes choisies parmi les meilleures et les plus sages de la ville; la loi que l'on devait suivre était le *forum judicum*, ou *fuero juzgo*. Le *fuero* de Tolède ne dérogeait à cette loi générale que dans un petit nombre de cas; il en confirmait les dispositions générales.

La population s'y composait de cinq classes de personnes : 1° les Mozarabes, ou descendants de ces chrétiens qui avaient subi le joug des Sarrasins, mais qui avaient conservé une demi-liberté avec le droit de propriété et celui de l'exercice de leur culte; 2° les nouveaux conquérants espagnols, qui étaient pour

la plupart du nord de la Castille, et que l'on appela du nom générique de Castillans ; 3° les *francos* ou affranchis, c'est-à-dire ceux qui, attirés par la prospérité et la richesse commerciale de Tolède, venaient y fixer leur domicile, et à qui étaient accordés certains priviléges et certaines garanties ; 4° et 5° enfin, les Mores et les Juifs, à qui on permettait de vivre suivant leurs lois et avec des juges de leur nation.

On ne pouvait arrêter arbitrairement, suivant le *fuero* de Tolède, aucun chevalier ni aucun *vecino* de Castille : la violation de ces droits de liberté individuelle était punie par des dommages-intérêts au lésé, et par une amende de soixante sols au fisc royal. Mais, d'un autre côté, aucun chevalier ne devait s'absenter pour voyager en France ou dans quelque autre pays étranger, si ce n'est depuis la fin du mois d'octobre jusqu'au commencement du mois de mai. S'il dépassait ce terme fixé pour son retour, sans présenter de cause légitime, il devait payer soixante sols d'amende pour le fisc royal. On devait tenir, en effet, à ce que tout chevalier fût constamment prêt, pendant la saison de la guerre, à aller combattre les Mores, au premier appel du roi.

Quant à la pénalité proprement dite, on la trouve réglée dans un meilleur esprit que celle des autres *fueros* postérieurs. Les compositions pécuniaires et les amendes sont abolies pour les grands crimes. La peine de mort la plus infâme, la lapidation, doit être prononcée contre l'homicide volontaire commis dans l'intérieur de Tolède et dans un rayon de cinq milles autour de ses murs. Il y a également peine de mort pour le rapt et le viol. Mais aussi, quand il s'agit d'une simple injure, en quelque lieu du territoire de Tolède qu'elle soit commise, le fisc abandonne sa part ; l'amende devra être tout entière pour les offensés ou les lésés.

On sent que l'intérêt de la répression l'emporte ici sur l'intérêt de la fiscalité, aux yeux du nouveau législateur. Néanmoins, même dans ce *fuero*, il y avait des dispositions étranges, qui ne s'accordent certainement pas avec une bonne police, telle que l'entendent les nations civilisées : ainsi, il était stipulé ce qui suit par rapport au meurtre non prémédité : « Si quelqu'un a commis un homicide et qu'il ait pu fuir de la ville ou se cacher hors de sa maison, ley ; que l'on n'ait pas pu le prendre ou le saisir

pendant neuf jours entiers, qu'il retourne tranquille dans sa demeure ; qu'il se mette en garde contre ses ennemis ; que ni les officiers de justice, *sajones*, ni toute autre personne ne puisse rien lui faire payer pour son homicide [1]. »

On voit par là que si les parents de la victime ou les *sajones* n'ont pas arrêté le meurtrier dans l'espace de neuf jours, il est couvert par une sorte de prescription légale, la plus courte sans doute des prescriptions connues dans les législations du monde. La part est faite bien large aussi aux vengeances particulières, et la sécurité du meurtrier amnistié repose encore plus sur sa défense privée que sur la protection des lois. Tout cela accuse un état d'enfance sociale ou de demi-barbarie, même sous le règne de l'un des meilleurs *fueros* de cette époque.

Si on examine les autres *fueros* du même temps, on sera plus frappé encore des vices du régime pénal qu'ils consacrent. Tantôt ce sont des peines atroces appliquées non-seulement à des crimes graves, mais même à de légers délits ; tantôt c'est une sorte d'impunité relative assurée aux meurtres les plus sanglants.

Quiconque est convaincu de brigandage ou de vol doit être précipité, suivant plusieurs de ces *fueros* locaux [2]. D'après celui de Tolède [3], le meurtre, comme nous l'avons vu, est puni de la lapidation. Ailleurs, la sage-femme qui fait avorter une femme enceinte est condamnée à être brûlée vive [4]. A Cuença, la sodomite est également livrée aux flammes [5]. A Plasencia, le père qui surprend un homme en commerce avec sa femme ou sa fille est autorisé à lui faire subir le supplice de la castration [6]. Les

[1] « *Si quis homicidium fecerit*, et fugere potuerit de civitate aut de suâ « domo, et usque ad novem dies captus non fuerit, veniat securus ad do- « mum suam, et vigilet se de suis inimicis, et nihil sajoni vel alieni ho- « mini, pro homicidio quod fecit, persolvat. »

[2] « Quicumque de furto vel latrocinio convictus fuerit, præcipitetur. » L. XVIII, cap. x.

[3] On trouve la même pénalité dans celui de Plasencia.

[4] Fuero de Baeza.

[5] L. XXIX, cap. XII.

[6] « Todo home qui otro con su muger o con su fija le fallare, e los castrare, « non peche nada. »

fueros de Cuença [1], de Sepulveda [2], de Baeza et de Plasencia ordonnent que l'assassin sera enterré vivant sous le cadavre de sa victime [3]. A Fuentes, l'accusé convaincu de calomnie en matière grave, et ne pouvant pas payer son amende, devait être mis dans les ceps et abandonné jusqu'à ce qu'il mourût de faim et de misère [4]. Le *fuero* de Cacérès condamnait au gibet un simple voleur de raisins [5], et à d'horribles mutilations quiconque affirmait le contraire de la vérité [6]. Les mutilations telles que l'abscission des oreilles [7] et que l'arrachement des narines, des yeux, du poing, de la main, des dents et de la barbe sont également prodiguées dans plusieurs *fueros*. Ainsi, quiconque frappait son maître avait le poing coupé [8]. Quant à la femme qui était trouvée couchée avec un autre que son mari, on lui arrachait les narines, pour lui ôter les traces de cette beauté qui l'avait enivrée d'elle-même [9].

Ces deux dernières pénalités étaient symboliques et analogues au délit. Les lois de la discipline militaire étaient aussi fort dures. Le butin et tous les fruits de la conquête devaient être mis en commun et partagés avec la plus rigoureuse équité. Si quelqu'un en détournait une portion à son profit, il était placé sur la croix, honteusement rasé et les oreilles coupées [10]. Enfin les moyens de contrainte à l'égard du débiteur prenaient les couleurs de la barbarie dont les mœurs étaient imprégnées. — « Si ce débiteur était un étranger, fût-il clerc ou soldat, on l'at-

[1] L. XLVII, cap. XXX.

[2] Tit. XXXII.

[3] « Qui hominem occiderit, vivus sub mortuo sepeliatur. » *Fuero* de Cuença, lib. XLVII, cap. XXX.

[4] Mêmes dispositions dans le *fuero* de Molina, dans celui de Madrid et dans celui de Cuença, lib. II, cap. XV.

[5] « Todo home que uvas furtare de noche, enforquenlo. »

[6] « Todo home que mentira, jurar o afirmar, trasquilenle la mitad de la « cabeza. »

[7] Par exemple, *Fuero* de Cuença, lib. XXXII, cap. II. « Quicumque de « ustensilibus balnei aliquid subripuerit, abscindantur ei aures. »

[8] *Fuero* de Fuentes, l. VI, tit. V, lib. IV ; *Fuero* de las Leyes.

[9] *Fuero* de Plasencia. — « Toda muger que ansi fuere fallada con otro, « tayenle las narices. »

[10] « Al que hurtare algo de despojos de la guerra o de los bienes adqui- « rados en ella, averiguado por les jueces el delitto, sea deshonrado e « puesto in cruz, tresquilado e las orejas cortadas. » (*Fuero* de Plasencia.)

tachait aux pieds ou à la queue d'un cheval, et on le traînait le nez contre terre dans la ville ou le village jusqu'à ce qu'il payât[1]. »

Mais pour que ce supplice fût possible, il fallait que le débiteur imprudent vînt se mettre, quoique étranger, entre les mains de ses créanciers; or, sachant le sort qui l'attendait, il devait chercher à se tenir en dehors de la juridiction de leurs tribunaux.

Il est donc probable que la plupart de ces supplices étaient comminatoires, ou du moins qu'on les exécutait rarement. D'ailleurs, aux époques où la police judiciaire se fait mal et où beaucoup de coupables restent impoursuivis et impunis, le législateur cherche à compenser la rareté de la répression par l'intensité des peines.

D'un autre côté, une simple composition pécuniaire mettait le meurtrier à l'abri de toute poursuite, suivant la plupart des *fueros* de Castille[2]. Celui de Sahagun exigeait cent sous pour l'homicide ou meurtre ordinaire, et 500 pour l'assassinat commis avec préméditation et guet-apens[3]. L'ancien *fuero* de Léon assurait l'impunité légale de la part du pouvoir à celui qui, ayant fui de sa maison ou de la cité, échappait aux poursuites judiciaires. Il pouvait alors rentrer chez lui, et aucun sajon ni autre officier du fisc n'avait rien à lui demander. Seulement il avait à se garder de ses ennemis[4].

On trouve dans le *fuero* de Cuença, et dans quelques autres *fueros* qui en furent l'imitation, la distinction du *wergeld* et du *fredum* dû au roi, représentant de la nation ou de l'Etat. Le roi,

[1] « ..... Atacole á los pies de un caballo o á la clin, y proniendole humo « á las narices, traïganle ási por la villa hasta que pague. » (Fuero de « Bonoburgo de las Caldelas. »

[2] Ceux de Logrono, de Miranda, de Arganzon, de Alcala, etc.

[3] « Qui per fraudis molimina hominem necaverit, » etc.

[4] « Si quis homicidium fecerit, et fugere potuerit de civitate et de suâ « domo, et usque ad novem dies captus non fuerit, veniat securus ad do- « mum suam, et vigilet se de suis inimicis, et nihil sajoni vel alicui ho- « mini pro homicidio quod fecit, persolvat. » (*Forum* de Léon, cap. XXIV.) Cet état de civilisation est plus arriéré que celui des plus anciennes lois germaniques, qui fixent le wergeld, et contraignent la famille offensée à l'accepter, pour éteindre la vengeance. Le *forum* de Léon en revient presque à l'état sauvage ou à ce qu'on a appelé si faussement l'état de nature.

père et de la mère, tant qu'ils étaient *emparentés* ou en puissance de parents, *emparentados*[1]. Cependant ce pouvoir des pères de famille ne s'étendait pas sur leurs fils tout le temps de leur vie, comme sous le régime de la loi des XII Tables. Il cessait quand leurs enfants se mariaient eux-mêmes : la fille passait sous une autre autorité, le fils devenait chef de famille. La loi lui reconnaissait une indépendance sans laquelle n'aurait pu exister sa responsabilité nouvelle de père et d'époux. Ces dernières dispositions nous semblent tout à fait dans l'esprit du christianisme[2].

C'est par une semblable idée de responsabilité que le *fuero de Cuença* explique le droit du père sur le pécule du fils. « Puisque le père, dit-il, est exposé à souffrir pour les excès et les crimes de ses enfants, il est juste qu'il puisse tirer quelque avantage de leur gain et de leurs acquisitions[3]. L'indivisibilité de la famille se trouvait ainsi doublement consacrée. D'un autre côté, cela était absolument contraire à la fameuse règle, « les fautes sont personnelles.» Mais, dans le cas actuel, rien ne nous paraît plus fondé que l'exception à cette règle, qui deviendrait fausse si on voulait la rendre trop absolue. Tout au moins la législation du moyen âge sur ce point était parfaitement conséquente avec elle-même. Car du moment que la société d'alors admettait chez le père de famille un immense pouvoir sur ses enfants, et le droit exclusif de les élever comme bon lui semblait, elle entendait que ces enfants seraient élevés dans la pratique de leurs devoirs envers elle, dans l'amour de l'ordre et de la patrie. Si le père négligeait de leur inculquer la notion de leurs obligations sociales, ne devait-il pas être puni lui-même des délits de ses enfants, puisque ces délits avaient pour première cause sa criminelle négligence ? Le législateur des *fueros* se réservait donc le droit de demander aux parents un compte sévère des fruits de leurs enseignements domestiques. Il faisait peser sur eux une

[1] « Quæcumque filius mercede et alio modo adquisierit, sit parentum « suorum. » (*Fuero* de Cuença, lib. XI, cap. x.)

[2] « Filii sint in potestate parentum donec contrahant matrimonium. » (*Ibid.*, lib. XIV, cap. x.)

[3] « Quia sicut illi pro excessibus eorum et sceleribus solent dolere, sic « justum est, ut de lucris et acquisitionibus eorumdem aliquid gaudeant « habere. » (Lib. XL, cap. x.)

responsabilité que nos lois modernes ont extrêmement atténuée et limitée, mais dont elles offrent encore quelques vestiges.

Nous avons dit que les Wisigoths avaient adouci l'ancienne législation de la république romaine quant au droit de vie et de mort des pères sur leurs enfants. Si un fils osait lever la main sur ses parents, ceux-ci, d'après le *forum judicum*, pouvaient le citer devant le juge, lui faire donner cinquante coups de fouet, et le déshériter complétement[1].

Mais les *fueros* graduaient peut-être plus sagement la pénalité pour ces délits domestiques : avant d'en venir aux dernières extrémités, les parents avaient la ressource d'une coercition moins sévère. « Si le père et la mère, dit naïvement le *fuero* de Plasencia, ont un fils qui tourne de travers, et dont la violence peut faire redouter les excès, ils peuvent le retenir prisonnier, jusqu'à ce qu'il s'apaise et que le bon sens lui revienne[2]. »

L'exhérédation, d'après la législation des *fueros*, était réservée pour le cas où le fils aurait frappé gravement ses parents ou tenté de metre fin à leurs jours. De plus, cette exhérédation devait avoir lieu à l'*ayuntamiento*, ou conseil public de la cité ; les parents se rendaient à une séance du conseil désignée à cet effet ; la sentence d'exhérédation devait être prononcée par le père, et accompagnée des motifs sur lesquels il l'appuyait. C'était une espèce d'anathème domestique entouré d'une solennité toute judiciaire et placé sous le patronage de l'autorité sociale qui en prenait acte pour lui donner force exécutoire.

Les pères avaient donc tous les moyens possibles d'intimidation à l'égard de leurs enfants ; leur responsabilité légale les engageait à en user efficacement. Au surplus, comme les familles étaient nombreuses, une sévère discipline était nécessaire pour y faire régner l'ordre et l'obéissance.

Ce qui contribuait le plus à multiplier le nombre des enfants, c'était la loi sur le pécule. Plus un père avait de fils, plus il avait de chances d'aisance et de richesses.

Les *fueros* poussaient encore à l'augmentation de la population par d'autres moyens très-puissants.

D'une part, le célibat, s'il n'était pas l'effet d'une vocation

[1] *Forum judicum*, lib. I, tit. v ; lib. IV.
[2] *Fuero* de Plasencia et *fuero* de Cuença, lib. VII.

religieuse, était traité avec une extrême rigueur par l'opinion publique et par les dispositions des *fueros*. Les hommes restés célibataires n'étaient pas considérés comme des membres de la cité. Ils ne pouvaient revendiquer aucun des priviléges accordés par les *fueros*, et encore moins aspirer aux honneurs municipaux. Il fallait avoir sa maison particulière et l'habiter avec sa femme depuis un certain temps pour être considéré comme appartenant à la communauté. Quand il y avait des lots à répartir entre les habitants, *vecinos*, le célibataire n'y avait aucun droit[1]. Bien plus, le droit même de succéder n'appartenait qu'aux hommes mariés[2].

D'autre part, les hommes mariés étaient sous la protection spéciale de la loi. L'outrage fait au citoyen, *uxoratus*, ou à sa femme légitime, était puni d'une amende plus forte que celui commis contre un célibataire de l'un ou de l'autre sexe[3]. De plus, la loi, qui ne connaissait presque pas d'excuse à l'obligation du service militaire, en dispensait le cavalier ou l'écuyer pendant la première année de son mariage, et quand sa femme était gravement malade[4]. Il y a dans ces dispositions de la loi une naïveté délicate qui peint bien les mœurs chevaleresques de l'Espagne au moyen âge.

Jusqu'ici on ne sent dans ces *fueros* que le courant des idées chrétiennes; mais l'influence de l'islamisme et des mœurs arabes s'y laisse apercevoir dans la tolérance accordée aux unions appelées *barragañas*. Suivant les anciens jurisconsultes espagnols ce mot a pour étymologie un mot arabe, BARRA, *en dehors*, et un mot castillan, GANA, *désir*, *profit*; en conséquence, on définit la *barragaña* un désir ou un profit réalisé en dehors d'un légitime mariage.

[1] Le *fuero* de Tolède déclare s'adresser seulement aux *christiani qui in Toleto habuerint casam et mulierem*. On peut consulter les *fueros* de Molina et de Plasencia relativement à l'exclusion des célibataires dans la répartition des lots.

[2] Le *fuero* de Cordoue s'exprime ainsi : « Nulla persona habeat hæreditatem in Corduba, nisi qui moratus fuerit in eâ cum filiis suis et uxore suâ. »

[3] *Fueros* de Miranda et de Logrono.

[4] *Fueros* de Salamanca, de Cacérès et de Léon. Il est à remarquer que ces dernier *fueros* furent promulgués ou confirmés par une femme, la reine doña Urraca.

Les *fueros* distinguaient entre homme et femme trois sortes de liens, qu'ils autorisaient ou toléraient expressément : 1° le mariage célébré avec toutes les solennités de droit et consacré par la religion ; 2° le mariage appelé à *yuras*, c'est-à-dire accompagné du serment religieux, mais clandestin, mariage de conscience, imposant les mêmes obligations que le mariage solennel ; 3° enfin la *barragaña*, dont nous venons de donner la définition étymologique.

La *barragaña* n'était donc pas une vague et précaire union : elle supposait implicitement un esprit d'association mutuelle et permanente. Elle n'était reconnue ou au moins tolérée qu'à condition d'être formée entre un homme et une femme non engagés dans un lien antérieur : la femme pouvait être indifféremment libre, affranchie ou esclave.

Quand un gouverneur était envoyé par le roi dans une province d'Espagne, on craignait qu'il n'abusât de son pouvoir pour se faire accorder la main d'une grande famille, de *ricos hombres ;* alors on lui défendait le mariage, mais on lui permettait la *barragaña*.

Cette tolérance, à un point de vue plus général, avait pour but de favoriser la population, et en même temps on croyait, en reconnaissant comme légale l'union exclusive avec une femme, empêcher des désordres avec plusieurs. On semblait ménager une transition entre la suppression de la polygamie musulmane et la sainte pureté du mariage chrétien.

Quand un homme choisissait une *barragaña*, veuve ou femme libre, de bonne réputation, il devait la présenter à un certain nombre de témoins, en déclarant devant eux qu'il voulait s'unir à cette femme pour la vie entière. Une déclaration semblable n'était pas nécessaire quand il prenait pour *barragaña* une femme de basse naissance et de mauvaise réputation [1]. Mais alors le lien qu'il contractait avec elle ne devait avoir ni la même valeur ni la même stabilité.

Le fruit de la *barragaña* n'était pas censé être de condition inférieure à l'enfant provenant de la *muger de benedicion* ou

[1] Dictionnaire raisonné de jurisprudence espagnole, par *Esgriche*, au mot *Barragaña*. Ces dispositions législatives se trouvent dans les *Partidas*, mais elles sont empruntées à des coutumes antérieures.

femme légitime. Seulement le père, afin d'ôter toute espèce de doute sur la filiation du nouveau-né, devait l'accompagner à l'église le jour de son baptême, et le reconnaître solennellement devant le conseil de la ville, suivant les règles prescrites par les *fueros*. L'enfant avait sa part dans la succession paternelle et était apte à tous les emplois publics. Son pécule venait, comme l'aurait fait celui des enfants légitimes, en accroissement à la fortune et aux capitaux du père de famille[1].

Dans quelques *fueros*, il fallait être *uxoratus* ou légitimement marié pour avoir les priviléges du *vecino*. Mais, d'après beaucoup d'autres coutumes locales, il suffisait d'être *casado*, c'est-à-dire de vivre en commun ménage avec une femme, toujours la même. Cette position suffisait pour pouvoir se dire un *hombre casado*, un homme établi. Cette expression n'avait pas toute la force qu'on lui a attribuée depuis, et ne signifiait pas exclusivement dans le principe le mariage contracté *con una muger velada* ou *muger de benedicion*. Néanmoins la loi réservait pour l'*uxoratus* ou pour le chrétien légitimement marié la plupart de ses avantages, de ses protections et de ses faveurs. Il semble résulter, par exemple, des termes mêmes du *fuero* de Saint-Sébastien, qu'on ne considérait pas comme un adultère, c'est-à-dire comme un délit punissable, même d'une simple amende, la fornication avec une femme non mariée sacramentellement[2]. Par voie d'induction, l'homme qui n'avait qu'une *barragaña* n'aurait pas eu le droit de tuer à la fois sa femme et son complice, pris en flagrant délit, sous prétexte de venger la violation de son honneur conjugal.

Il y avait donc une certaine distance, dans les *fueros* comme dans l'opinion, entre la *barragaña* et le mariage légitime.

De plus, la loi ne reconnaissait pas de *barragaña* pour l'homme marié; les enfants qui étaient nés de ce concubinat illicite étaient entièrement exclus de l'hérédité paternelle. S'il en eût été autrement, on se serait rapproché de la polygamie musulmane, pour laquelle les chrétiens espagnols professaient la plus profonde horreur.

[1] Marina, *Esayo*, p. 248.

[2] « Si aliquis de *populatoribus* [illegible] rnicationem, « non det calumniam, nisi [illegible]

Avec la *barragaña* subsistait donc toujours l'unité du mariage et de la famille. Les Agars de l'Ancien Testament n'étaient pas reconnues dans la loi nouvelle.

Au surplus, à quoi pourrait-on comparer cette association de fidélité réciproque qu'un homme et une femme se trouvaient libres de former à la seule condition de l'avouer publiquement? C'était moins que notre mariage civil, et cependant une famille reconnue jusqu'à un certain point par l'Etat pouvait se grouper autour de ces deux conjoints, dont ni le magistrat ni le prêtre n'avait sanctionné l'union. Seulement, la femme qui s'était prêtée à contracter de pareils liens descendait à un rang bien inférieur à celui qu'elle aurait occupé si elle avait appelé sur sa tête voilée (*muger velada*) l'appui de l'autorité sociale et les bénédictions du ciel. Sa position était fausse : elle était, il est vrai, tolérée par le clergé lui-même, mais il y avait là un abus profond qui, malgré une possession d'état plus que séculaire, ne pouvait prévaloir contre les prescriptions expresses de la loi de Dieu.

Il fallut la persévérante discipline de l'Eglise, combattant pied à pied cette tolérance sans se relâcher jamais, pour la faire disparaître de l'Espagne, ce pays qui passait pourtant pour le plus catholique du monde. La *barragaña* fut d'abord défendue chez les clercs par divers conciles et entre autres par celui de Valladolid en 1228 [1].

Chez les laïques, cette espèce de concubinat fut attaqué avec énergie par les Cortès de Castille dans le treizième et le quatorzième siècle [2]. Les efforts de ces assemblées joints à ceux de la royauté ne le déracinèrent complétement que dans le quinzième. Cette victoire, par laquelle les Espagnols triomphèrent de leurs propres mœurs, coïncida avec les dernières qu'ils remportèrent sur les Mores. Le christianisme le plus pur régnait alors dans la famille comme dans l'Etat sur toute la surface de la Péninsule.

Il n'appartient qu'à notre religion de combattre et de vaincre ainsi les abus qui s'introduisent dans son propre sein. L'Eglise

[1] Marina, *Esayo*, tome I, p. 265.

Voir la *Peticion XXIV* des Cortès de Valladolid, en 1351, et la *ion VIII* des Cortès de Soria, en 1380.

a une inquiétude continuelle de la perfection qui la porte sans cesse à se réformer et à se corriger elle-même. Elle communique cette inquiétude sublime aux princes et aux peuples qu'elle pénètre de son esprit; il ne faut donc jamais désespérer de la régénération des sociétés chrétiennes, car c'est d'elles surtout qu'il a été dit : « Dieu a fait les nations essentiellement guérissables, » *Deus fecit sanabiles nationes terræ.*

ALBERT DU BOYS,
Ancien magistrat.

BIBLIOGRAPHIE.

Compte rendu de diverses publications.

La science du droit est cultivée avec ardeur dans presque tous les pays. On fouille, on creuse, on pénètre. En Allemagne, les questions les plus épineuses sont traitées avec une profondeur remarquable. En France, nos savants dégagent et vulgarisent par leur netteté toutes les lois qui nous régissent. La Belgique, elle aussi, a ses jurisconsultes, et leurs œuvres ont plusieurs traits de ressemblance avec celles de nos jurisconsultes français : elles sont claires, nettes; un ordre parfait y règne, et le bon sens pratique s'allie merveilleusement à la théorie la plus sûre et la plus élevée.

Je n'en veux pour preuves que trois ouvrages : la *Constitution belge*, par M. Britz; le *Traité théorique et pratique des questions préjudicielles en droit criminel*, par M. Hoffmann, procureur du roi à Malines, et le *Droit répressif dans ses rapports avec le territoire*, par M. Xavier Olin.

Dans le premier, l'auteur esquisse à grands traits l'histoire de la Belgique; puis il nous fait connaître sa constitution, ses principales lois politiques et administratives. L'ordre dans la distribution des matières, la clarté dans l'exposition des principes, la netteté et la simplicité du style, voilà des qualités qui se rencontrent dans le livre de M. Britz. Beaucoup de science, beaucoup de documents dans un petit nombre de pages sont chose inappréciable.

Le second ouvrage que nous avons cité est digne de la plus sérieuse attention. Il témoigne d'une profonde connaissance du droit criminel belge et français. M. Hoffmann commence par faire un exposé théorique et pratique de l'action publique et de l'action civile, considérées séparément et dans leurs rapports mutuels. Le premier volume est presque entièrement consacré à cet exposé; l'auteur s'est servi des travaux de ses devanciers, mais il a complété, classé, coordonné. Il cite un grand nombre d'arrêts et un grand nombre d'auteurs à l'appui du principe qu'il met en relief, de l'opinion qu'il soutient. Puis vient le Traité des questions préjudicielles. M. Faustin-Hélie les définit

ainsi : « Des exceptions qui suspendent la poursuite ou le jugement d'un crime, d'un délit ou d'une contravention, jusqu'à la vérification préalable d'un fait antérieur dont l'appréciation est une condition indispensable de cette poursuite ou de ce jugement. » Voilà, du moins en matière criminelle, une définition exacte ; mais lorsqu'une question préjudicielle est soulevée, que de difficultés ! que d'appréciations délicates à faire ! que de controverses ! Ce point une fois résolu, il faut les classer. M. Hoffmann a abordé toutes les difficultés ; les principes sont clairement exposés, les questions controversées bien discutées. L'ouvrage est adapté à la législation belge, et contient, outre la doctrine et la jurisprudence françaises, un résumé méthodique et séparé de la jurisprudence belge de 1814 à 1864. Quand le troisième volume aura paru, nous aurons une étude complète sur une des matières les plus délicates du droit.

Le *Droit répressif dans ses rapports avec le territoire*, par M. Xavier Olin, est une œuvre sérieuse. J'y ai remarqué une grande élévation de pensée, des théories sûres, des aperçus pleins d'originalité.

La peine de mort, voilà, certes, un sujet qui a été approfondi. Que n'a-t-on pas dit sur la peine de mort ? J'allais me permettre d'émettre mon avis, mais j'ai pensé qu'il valait mieux laisser parler des jurisconsultes, des philosophes. M. Bédarride, avocat à la Cour de Montpellier, dans une étude sur la peine de mort et la révision des condamnations criminelles [1], se prononce énergiquement pour l'abolition. « Ceux, dit-il, qui en veulent le maintien, la considèrent comme le plus parfait moyen d'intimidation. Est-il bien vrai qu'il en soit ainsi chez les natures perverses ? Ne pourrait-on pas dire que les grands coupables qui entrent résolûment dans la carrière du crime ont fait d'avance le sacrifice de leur vie ? » Et il cite une série d'exemples qui prouvent le cynisme et la forfanterie du criminel qui va mourir sur l'échafaud. Le célèbre Cartouche disait, en parlant du dernier supplice : « Ce n'est qu'un mauvais quart d'heure. » « D'ailleurs, ajoute M. Bédarride, n'y a-t-il pas quelque péril à habituer le peuple à voir trancher la vie d'un homme ? N'est-ce pas réveiller dans son esprit des instincts de cruauté ? N'est-ce

[1] Montpellier, imprimerie de Gras, 1865.

pas desservir le progrès de la civilisation, qui tend à adoucir les mœurs au lieu de leur donner un cachet de barbarie? » Et plus loin : « La triste expérience qui constate l'humiliante incertitude des jugements humains ne suffirait-elle pas à elle seule pour légitimer la suppression de la peine capitale ? »

J'allais terminer mon compte rendu lorsque j'ai reçu l'*Etude sur la peine de mort*, d'après les travaux de la science, les progrès de la législation et les résultats de l'expérience, par Mittermaier, professeur à l'Université d'Heidelberg [1]. Cette œuvre du grand jurisconsulte allemand a été traduite par M. Leven, avocat à la Cour impériale de Paris. Remercions d'abord le traducteur d'avoir vulgarisé les pensées profondes de M. Mittermaier. Les jurisconsultes allemands ouvrent de nouveaux horizons à la science du droit ; ils l'éclairent par la philosophie ; ils l'élèvent et la grandissent : nous pouvons profiter de leurs études, de leurs observations, et nous sommes heureux toutes les fois qu'une bonne traduction les met à notre portée.

M. Mittermaier a étudié pendant cinquante ans son sujet. Il a voyagé dans tous les pays de l'Europe, consultant les hommes les plus compétents, interrogeant les diverses législations, demandant aux statistiques et à la pratique des lumières, des révélations et la solution du grand problème qu'il se posait. Aussi son livre est-il complet : les principes philosophiques, l'histoire, les auteurs qui ont traité la question, toutes les législations, celles des pays les plus reculés, il a tout signalé, approfondi.

Remontant à l'antiquité, il nous montre la législation pénale dominée par trois idées : 1° celle du talion ; 2° celle de l'intimidation ; 3° celle de la colère divine, qu'il faut apaiser par la peine. Il prouve que les peines corporelles disparaissent avec le progrès des idées et de la civilisation ; que la peine de mort est le dernier vestige de la barbarie et de l'ignorance. Il analyse les travaux scientifiques qui ont paru depuis 1830. Comme cette question divise les esprits ! comme on la pénètre ! En Allemagne il y a eu et il y a encore de grandes discussions. En Italie, deux savants publicistes, Albini et Eller, [2], ont fait des ouvrages

[1] Paris, Marescq aîné.

[2] Il a paru jusqu'ici cinq livraisons de l'intéressant journal du professeur Eller, de Bologne, sous ce titre : *Giornale per l'abolizione della pena di morte.*

considérables. Ils se prononcent énergiquement pour l'abolition de la peine de mort.

M. Mittermaier examine ensuite les travaux législatifs dans les trente dernières années. Les Etats où la peine de mort est supprimée deviennent chaque jour plus nombreux. En 1848, l'Assemblée nationale de Francfort introduisit dans la constitution germanique la disposition suivante : « La peine de mort est supprimée, excepté dans les cas où le droit de la guerre la prescrit et dans le cas de révoltes, où le droit maritime l'autorise. »

Elle n'existe plus dans les duchés d'Oldenbourg et de Nassau. Elle est supprimée en Amérique, dans les Etats de Michigan et Rhode-Island, Wisconsin. En Suisse, dans les cantons de Fribourg, de Neufchâtel, et plus récemment dans celui de Zurich. Dans la république de la Nouvelle-Colombie, dans la Moldo-Valachie. Elle ne figure plus dans l'énumération des peines admises par le nouveau projet de code pénal du Portugal.

Une commission a été nommée en Angleterre pour étudier cette importante question. Enfin, le parlement italien, étendant la loi de la Toscane à toute l'Italie, vient de voter l'abolition de la peine pour tous les crimes, excepté pour ceux qui sont prévus par les codes militaire et maritime, et par la loi sur le brigandage. Mais le Sénat ne l'a pas sanctionnée. Peut-être finira-t-il par céder.

M. Mittermaier considère la peine de mort dans ses rapports avec l'organisation de l'Etat et le droit de punir. Je cite une de ses pensées : « Le droit de l'Etat ne va pas jusqu'à infliger des peines qui anéantissent chez l'homme le développement de son être. La vie est un présent de Dieu et la condition du développement moral de l'homme. Sa durée est fixée par la Providence ; toute peine qui entreprend sur la volonté divine en ôtant l'existence à l'homme est illégitime. »

Je ne finirais pas si je voulais analyser dans toutes ses parties la belle œuvre du jurisconsulte allemand. Elle abonde en renseignements, en fécondes idées ; un souffle philosophique l'anime, et les révélations de la pratique et des statistiques y occupent une large place. Elle est digne d'être sérieusement méditée.

LÉONCE DE FONTAINE DE RESBECQ,
Docteur en droit, substitut à Nérac.

De l'Infanticide, étude médico-légale par C.-C. Brillaud-Laujardière, avocat. — Paris, Durand, 1865. Prix : 5 francs.

Cette étude, que l'auteur qualifie de médico-légale, pourrait recevoir aussi le nom d'étude morale. Une large part y est faite à des considérations qui sont du ressort de la religion ou de la philosophie plutôt que de la jurisprudence ou de la médecine.

M. Brillaud-Laujardière remonte aux sources mêmes de son sujet. Avant de rechercher les causes, les éléments, les effets de l'infanticide, il se demande quels sont les motifs qui peuvent entraîner la femme à des chutes qui ont de si terribles conséquences. Selon lui, la jeune fille (l'infanticide est très-rarement le crime des femmes mariées) oublie ses devoirs, soit par dévergondage (c'est l'exception), soit pour échapper à la misère, soit enfin dans l'espérance de devenir la femme de celui auquel elle s'abandonne. Il pense que la suppression des tours dans les hospices contribue, dans une notable proportion, à augmenter le nombre des infanticides. Cette dernière observation est fort sérieuse ; mais peut-on aller jusqu'à dire, avec M. Brillaud-Laujardière, que les tours, en assurant l'avenir des enfants issus de l'inconduite, ne favorisent en aucune façon le désordre ? Nous ne saurions être aussi affirmatif. Il resterait à savoir seulement si le danger certain d'exposer à un crime de la part de la mère le fruit innocent d'un amour illégitime n'est pas plus grand que l'inconvénient douteux d'encourager celle-ci à la dépravation.

Quoi qu'il en soit, l'auteur aborde ensuite le côté médico-légal de son sujet. Cette partie de l'ouvrage nous paraît de beaucoup supérieure à la première. Plusieurs questions d'un grand intérêt y sont traitées. Dans quel cas y a-t-il infanticide ? Que faut-il entendre par ces mots « enfant nouveau-né » ? Y a-t-il crime d'infanticide si l'enfant a vécu pendant vingt-quatre heures ou davantage ? Ce crime existe-t-il quand l'enfant n'est pas né viable ? Quels sont les moyens les plus sûrs pour constater si l'enfant a respiré ? Sur toutes ces questions, M. Brillaud-Laujardière propose des solutions auxquelles nous nous rangeons volontiers. Mais il en est une sur laquelle nous ne sommes pas d'accord avec lui : c'est celle de savoir si, après un acquittement intervenu sur une poursuite d'infanticide, le mi-

nistère public peut intenter contre la personne acquittée une autre poursuite, par exemple, pour homicide par imprudence. M. Brillaud-Laujardière soutient que cette manière de procéder constitue une violation de la règle *Non bis in idem*. Mais, la Cour de cassation le déclare, il n'y a pas identité entre le fait qualifié infanticide et le fait qualifié homicide par imprudence, et l'intention, qui détermine la qualification, étant différente dans ces deux cas, le jury, en statuant sur le premier, laisse le second intact (30 janvier 1840 et 25 novembre 1841).

Dans tout son travail l'auteur fait preuve de connaissances étendues en histoire et en législation comparée. Nous lui reprocherons seulement d'avoir accordé quelquefois trop d'importance à des décisions judiciaires ou à des opinions médicales tirées de souvenirs de la Cour d'assises de la Loire-Inférieure, et qui, aux yeux du public, n'ont pas toute l'autorité qu'il y attache. P. C.

DES EFFETS DU PACTE DE CONSTITUT.

§ 1. — Position de la question.

On sait que le constitut était un pacte prétorien par lequel une personne[1] s'obligeait à payer à jour fixe une dette préexistante. Une semblable convention n'aurait dû produire, d'après les principes généraux du droit romain, qu'une obligation naturelle[2], c'est-à-dire démunie d'action; car pour engendrer une obligation civile, la *stipulatio* ou l'*expensilatio* était nécessaire; mais le préteur avait admis que le créancier aurait, pour contraindre celui qui avait fait le constitut, une action spéciale appelée *de pecunia constituta*[3] ou *constitutoria*[4]. En le décidant ainsi, le préteur n'avait, du reste, fait que généraliser un pacte du droit civil propre aux *argentarii*, et qui donnait naissance contre eux à une action appelée *receptitia*[5]. Il existait entre l'action *receptitia* et l'action *de pecunia constituta* plusieurs différences importantes, que Justinien a fait disparaître en fusionnant les deux institutions, suivant un procédé législatif qui lui était habituel[6]. Quoi qu'il en soit, le constitut nous apparaît avec deux caractères principaux : la *nuda conventio* comme source, et l'obligation de payer une dette préexistante comme but.

Mais quels étaient au juste les effets de ce pacte? Laissait-il subsister l'obligation primitive, sauf à créer une obligation nouvelle qui venait seulement s'y adjoindre, ou éteignait-il au contraire l'obligation primitive par une sorte de *novation prétorienne?* Le pacte n'était-il jamais qu'*accessoire* ou pouvait-il être

[1] Nous appellerons cette personne le *constituant;* les textes se servent toujours d'une périphrase pour la désigner.

[2] Nous admettons, en effet, que le simple pacte créait une obligation naturelle, contrairement à l'opinion de plusieurs. Voir la savante dissertation de notre collègue M. Machelard, *Des oblig. natur.*, p. 35 et suiv.

[3] Inst. Just., *De action.*, §§ 8 et 9.

[4] Dig., *De pecun. const.*, l. 20.

[5] Inst. Just., *De action.*, § 8.

[6] Cod. Just., *De constit. pecun.*, l. 2.

extinctif? En d'autres termes encore, son unique effet possible était-il de créer l'*action de pecunia constituta*, ou engendrait-il encore, au moins dans certains cas, une *exception* pour repousser l'action résultant de la créance préexistante? Telle est la question capitale en cette matière que nous voulons examiner ici.

Elle n'est pas neuve à coup sûr et des solutions diverses ont déjà été proposées. — Beaucoup d'auteurs considèrent le pacte comme étant nécessairement *accessoire;* ils l'affirment et ne paraissent même pas soupçonner qu'ils soient sur le bord d'une difficulté[1]. — M. de Savigny prétend que la question avait été autrefois controversée entre les jurisconsultes romains, mais qu'ils avaient fini par se mettre d'accord pour reconnaître que le pacte n'influait point sur l'obligation primitive, qui subsistait intacte[2]. — M. Demangeat propose une distinction : « Lorsque le créancier fait le pacte avec un tiers, il est certain, dit-il, que l'obligation primitive subsiste... Lors au contraire que c'est le débiteur lui-même qui s'engage ainsi, il faut dire que... son obligation primitive est éteinte... *exceptionis ope*[3]. » — M. Machelard, allant un peu plus loin, insinue avec timidité que, même quand le pacte était fait par le créancier avec un tiers, il pouvait arriver qu'il y eût extinction *exceptionis ope* de l'obligation préexistante[4].

Quant à nous, nous ne craignons pas d'enseigner que tout dépendait en cette matière de la volonté des parties; que le pacte était *accessoire* ou *extinctif*, suivant qu'elles l'avaient décidé d'une façon ou de l'autre, et que la seule question que l'on puisse se poser est celle de savoir ce qu'il fallait supposer dans le doute, c'est-à-dire lorsque les pactisants ne s'étaient pas clairement expliqués sur leur intention.

Cette solution paraît au premier abord fort raisonnable, car enfin, en matière de conventions, la volonté des parties ne fait-elle pas loi toutes les fois qu'elle n'est contraire ni à l'ordre

[1] Pothier, *Pand. Just., De const. pecun.*, n° 22. « Constitutum non tollit « priorem obligationem, sed novam inducit quæ priori accedit. » — Ducaurroy, *Inst. expliq.*, n° 1212, etc.

[2] Savigny, *Das Obligationenrecht*, § 18.

[3] Demangeat, *Des oblig. solid.*, p. 84 à 90.

[4] Machelard, *Des oblig. natur.*, p. 84 à 89.

public ni aux bonnes mœurs? De plus, ne sommes-nous pas en présence d'une institution prétorienne, c'est-à-dire qui devait être régie par les principes de l'équité et de la bonne foi? Spécialement Ulpien ne nous apprend-il pas qu'en traçant les règles du constitut, le préteur s'était proposé de favoriser l'équité naturelle et de faire respecter une convention librement passée? or, serait-il équitable, serait-il conforme à la convention de ne lui faire produire que la moitié des effets prévus par les parties[1]?

Un examen détaillé ne fera, nous l'espérons du moins, que confirmer cet aperçu général. Pour plus de clarté, nous distinguerons cinq hypothèses. Le constitut pouvait en effet intervenir : — entre le créancier et un nouveau débiteur ; — entre le débiteur et un nouveau créancier ; — entre le même créancier et le même débiteur ; — entre l'un des créanciers et le débiteur ; — entre le créancier et l'un des débiteurs.

§ 2. — Effets du pacte de constitut intervenu entre le créancier et un nouveau débiteur.

Secundus doit X à *Primus, ex quacunque causa*[2] ; *Tertius* convient avec *Primus* qu'il payera le 1er des calendes les X dus par *Secundus*. *Primus* n'a-t-il désormais d'autre débiteur que *Tertius*, *Secundus* étant libéré, ou faut-il dire, au contraire, que le créancier a deux débiteurs : *Secundus*, qui reste tenu comme par le passé, et *Tertius*, qui peut être poursuivi par l'action *de pecunia constituta?*

I. Les textes affirment de la manière la plus positive[3] que l'obligation du débiteur primitif subsiste tout entière. Le tiers qui a fait le constitut n'est donc pas autre chose qu'un garant, un *intercessor*, dont la position est manifestement analogue à celle d'un *adpromissor* ou d'un *mandator pecuniæ credendæ;* s'il n'est pas *adpromissor*, c'est que le contrat *verbal* n'est pas

[1] Dig., *De pecun. const.*, l. 1, pr. : « Hoc edicto pretor favet naturali « æquitati qui constituta ex consensu facta custodit; quoniam grave est « fidem fallere. »

[2] *Ibid.*, l. 1, § 6.

[3] *Ibid.*, l. 28. — Dig., *De in rem vers.*, l. 15. — Cf. Dig., *De pecun. const.*, l. 18, § 3 ; l. 24.

intervenu, les parties se sont contentées d'un pacte ; s'il n'est pas *mandator*, c'est que les parties n'ont pas voulu faire un contrat de mandat, elles ne le pouvaient même pas, puisque l'opération était déjà accomplie [1].

Nous disons que la position de celui qui fait a le constitut est analogue à celle d'un *adpromissor*. Les jurisconsultes romains avaient vu cela de suite ; mais ici une difficulté se présentait pour eux : on distinguait à Rome trois classes d'adpromettants : les *sponsores*, les *fidepromissores* et les *fidejussores* [2]; les règles qui les concernaient n'étaient point identiques ; auquel de ces adpromettants fallait-il assimiler le constituant ? Des difficultés paraissent avoir existé sur ce point : ainsi l'obligation du *sponsor* ou du *fidepromissor* s'éteignait avec leur vie, ils ne la transmettaient point à leurs héritiers [3]; celle du *fidejussor* était transmissible [4] ; que fallait-il décider à l'égard du constituant ? Sous Gordien, la question paraissait encore douteuse, puisqu'il a fallu un rescrit de cet empereur pour la trancher définitivement dans le sens de l'assimilation au fidéjusseur [5]. Il était d'ailleurs tout simple que la fidéjussion, institution plus récente, plus large que la *sponsio* ou la *fidepromissio*, fût prise pour modèle lorsqu'il s'agissait d'établir les règles du constitut, création équitable du préteur.

Toutefois, ce serait une erreur grave de croire que la position du fidéjusseur et celle du constituant fussent identiques. Voici les ressemblances et les différences principales :

Comme le fidéjusseur, l'*intercessor* par constitut devait avoir le bénéfice de cession d'actions [6]. — Le bénéfice de division (ce qui suppose plusieurs constituants) paraît ne lui avoir été accordé, par extension de la constitution d'Adrien, que par Justi-

[1] Dig., *Mand. vel contr.*, l. 12, § 14.
[2] Gaii *Comm. III*, § 115.
[3] *Ibid.*, § 120.
[4] Inst. Just., *De fidejuss.*, § 2.
[5] Cod. Just, *De const. pecun.*, l. 1.
[6] Nous ne connaissons pas de texte qui lui accorde ce bénéfice, mais le *beneficium cedendarum actionum* avait l'équité pour base, il paraît avoir été introduit par le droit non écrit, pour tous les cas où un débiteur *pro alio* se trouvait dans la nécessité de payer le créancier ; nul doute que le préteur n'en ait gratifié le constituant.

nien[1]. — Quant au bénéfice de discussion créé ou, mieux, rétabli par ce dernier empereur, il nous semble qu'il appartenait au constituant[2]. — Tout mode de libération absolu (payement, novation, acceptilation, etc.) intervenu dans la personne du débiteur principal libérait le constituant et réciproquement. — Lorsque celui-ci avait payé le créancier, il pouvait recourir contre le *reus*, soit par l'action de la créance primitive, s'il s'était fait céder les actions, soit en tout cas par l'action *mandati contraria* ou *negotiorum gestorum contraria*, suivant qu'il avait fait le constitut sur l'ordre ou à l'insu du *reus*.

Mais voici maintenant des différences profondes : — La fidéjussion, se formant par une stipulation, ne pouvait avoir lieu qu'entre personnes présentes[3]; le constitut était au contraire possible soit entre présents, soit entre absents[4]. — Le fidéjusseur pouvait s'obliger soit avant, soit après le *reus*[5]; le constituant ne pouvait s'obliger qu'après le *reus*, puisque le constitut supposait une dette préexistante. — Il ne paraît pas que la loi *Cornelia* ait jamais été étendue au constitut[6]. — Le fidéjusseur ne pouvait s'obliger *in aliam obligationem*, c'est-à-dire s'obliger à payer autre chose que le débiteur principal[7]; il en était autrement du constituant[8]. — Le fidéjusseur ne pouvait s'obliger à aucun point de vue *in duriorem causam*[9]; le constituant le pouvait au contraire, en ce sens qu'il était libre de s'engager à payer avant l'époque fixée pour le payement de l'obligation principale[10]. — L'action que le créancier avait contre le fidéjusseur

[1] Cod. Just., *De const. pecun.*, l. 3.

[2] Le bénéfice de discussion a été rétabli par la Novelle IV; Julien et Haloander traduisent le mot αντιφωνητης qui s'y trouve par *reus constitutæ pecuniæ*; d'autres traduisent par *sponsor*, mais il n'y avait plus de *sponsores* sous Justinien. D'ailleurs la Novelle CXXXVI, qui introduisit une règle spéciale aux *argentarii*, paraît supposer que la Novelle IV avait accordé le bénéfice de discussion au constituant.

[3] Inst. Just., *De inutil. stip.*, § 12.

[4] Dig., *De pecun. const.*, l. 14, § 3.

[5] Inst. Just., *De fidejuss.*, § 3.

[6] Gaii, *Comm. III*, § 124.

[7] Dig., *De fidejuss.*, l. 8, § 8.

[8] Dig., *De pecun. const.*, l. 1, § 5.

[9] Inst. Just., *De fidejuss.*, § 5.

[10] Dig., *De pecun. const.*, l. 3, § 2; l. 4. — Cujas (*Ad Paul.*, l. 4, 10, 13) a vainement nié cette différence entre le constitut et la fidéjussion.

était la *condictio*, action civile *stricti juris;* celle que le créancier avait contre le constituant était l'action *de pecunia constituta*, action prétorienne. — L'action contre le fidéjusseur était perpétuelle ; celle qui pouvait atteindre le constituant était en certains cas annale [1]. — L'obligation du constituant n'était pas corréale, du moins on avait fini par le décider ainsi après controverses ; de là résultaient plusieurs conséquences importantes. — Ainsi, la *litiscontestatio* faite avec le constituant ne libérait pas le *reus*, et réciproquement [2]. — De même, lorsque le constituant payait, le *reus* était sans doute libéré [3] ; mais il ne devait l'être qu'*exceptionis ope*, tandis que le fidéjusseur était libéré *ipso jure*. — Le fidéjusseur ne pouvait plus obtenir la cession des actions après le payement par lui effectué, ou la *litiscontestatio* [4] ; il en était autrement du constituant. — Le fidéjusseur restait tenu lorsque le créancier s'était mis par son fait dans l'impossibilité de lui céder ses actions ; on peut sérieusement douter que cette règle s'appliquât au constitut, matière dans laquelle l'équité jouait nécessairement un grand rôle. — Enfin, à la différence du cas de fidéjussion, le créancier pouvait contraindre le constituant, en cas de procès, à faire une *sponsio* pénale égale à la moitié de la somme due [5].

Nous avons dit que le constitut ressemblait aussi au *mandatum pecuniæ credendæ;* l'analogie était peut-être même plus grande qu'avec la fidéjussion, car presque toutes les différences que nous venons de signaler entre la fidéjussion et le constitut peuvent être regardées comme des ressemblances entre le constitut et le mandat [6]. Nous signalerons cependant les différences suivantes : — Le *mandator* pouvait être poursuivi par l'action civile *mandati contraria*, le constituant pouvait l'être par l'action prétorienne *de pecunia constituta*. — Le mandat intervenait né-

[1] Cod. Just., *De const. pecun.*, l. 2.

[2] Dig., *De pecun. const.*, l. 18, § 3. — Il faut noter que cette différence n'existait plus sous Justinien, puisque cet empereur a aboli l'effet novatoire de la *litiscontestatio*, notamment à l'égard du fidéjusseur (Cod. Just., *De fidejuss.*, l. 28).

[3] Dig., *De pecun. const.*, l. 18, § 3.

[4] Dig., *De solut.*, l. 76.

[5] Gaii *Comm. IV*, § 171.

[6] Dig., *Mand. vel contr.*, l. 32; l. 27, § 5 ; l. 28.— Dig., *De solut.*, l. 95, §§ 10, 11. — Dig., *De fidejuss.*, l. 13. — Paul, *Sent.* II, 17, § 16.

cessairement avant l'obligation principale, car on ne pouvait donner mandat d'accomplir une affaire déjà faite[1] : le constitut ne pouvait intervenir qu'après l'obligation principale. — On donnait difficilement au *mandator* certaines exceptions que pouvait invoquer le *reus*, comme celle tirée de ce que celui-ci était mineur de vingt-cinq ans, parce que le mandant avait été *suasor et adfirmator contractus*. Ce motif ne s'appliquant pas au constituant, celui-ci devait pouvoir, comme le fidéjusseur, invoquer plus facilement l'exception[2]. — Le mandant poursuivi n'était pas tenu de faire la *sponsio* pénale.

II. Des explications dans lesquelles nous venons d'entrer, il résulte clairement que, quand le constitut intervenait entre le créancier et un nouveau débiteur, l'obligation préexistante n'était pas éteinte.

Toutefois, ne pouvait-il donc en être autrement, et si le but des parties en faisant le pacte avait été de libérer le débiteur primitif, cette volonté n'avait-elle aucun effet? Il est évident d'abord que le débiteur primitif n'était pas libéré *ipso jure*, le constitut n'étant pas un des modes d'extinction reconnus par le droit civil ; il faut même dire qu'il n'était pas admis à argumenter *directement* du pacte pour se défendre par une exception, d'après le principe : *pasciscendo quisquam alteri cavere non potest*[3] ; mais la question est de savoir s'il ne pouvait pas opposer l'exception *doli mali* au créancier?

L'affirmative nous paraît certaine. Les parties ont manifestement voulu faire une novation par changement de débiteur ; sans doute *jure civili* la novation ne s'est pas produite, parce que la *forme* a fait défaut, aucune *stipulatio*, aucune *expensilatio* n'étant intervenue ; mais pourquoi n'y aurait-il pas là une novation *jure prætorio?* Le préteur qui a donné au constitut la puissance d'engendrer une action *quia grave est fidem fallere*[4], lui aurait-il donc refusé le pouvoir de donner naissance à une exception ? Mais si la bonne foi était ici la règle du droit pré-

[1] Dig., *Mand. vel contr.*, l. 12, § 14. — Le mandat postérieur à l'obligation principale était cependant valable lorsqu'il était donné au créancier *ut expectaret*.

[2] Dig., *De min. XXV ann.*, l. 13, pr.

[3] Dig., *De reg. jur.*, l. 73, § 4.

[4] Dig., *De pecun. const.*, l. 1, pr.

torien *au profit* du créancier, elle devait être également la règle *contre* lui! D'un autre côté, le préteur ne sanctionnait qu'un bien petit nombre de pactes par une action, mais il admettait très-facilement les exceptions, conformément à un principe général bien connu[1]. N'avons-nous pas d'ailleurs des textes formels en matière de pacte *de non petendo* : « *Plerique solemus dicere*, nous dit Ulpien, *doli exceptionem subsidium esse pacti exceptionis?* » Ainsi, mon procureur fait le pacte *de non petendo* avec mon créancier, je ne pourrai pas user contre celui-ci de l'exception *pacti conventi* par respect pour le principe qui veut que les conventions ne puissent être invoquées que par ceux qui les ont faites, mais j'aurai l'exception *doli mali*[2]! Pourquoi ce qui est vrai du pacte *de non petendo* ne serait-il pas vrai du pacte de constitut? Dira-t-on que notre doctrine devrait être au moins restreinte au cas où le constituant aurait reçu du débiteur le mandat de convenir de sa libération, puisque Ulpien se place dans l'espèce d'un *procurator*, mais que les textes font défaut si le constituant n'était qu'un gérant d'affaires[3]? Ces textes existent suivant nous : si un fidéjusseur convient avec le créancier que celui-ci n'agira pas même contre le *reus*, ce dernier est désormais armé de l'exception de dol, d'après Paul et Ulpien ; or le texte est absolu, et il s'applique même en supposant que le fidéjusseur n'ait reçu aucun mandat du *reus*[4]. Qui ne sait, d'ailleurs, combien l'exception de dol était large, et n'y a-t-il pas dol manifeste de la part du créancier à agir contre le débiteur primitif quand il s'est engagé à ne pas le faire en retour de l'obligation du constituant? Cela est si vrai que cette obligation se trouve sans cause lorsque le créancier agit contre le *reus*, et qu'il faudrait donner l'exception de dol au constituant, si on ne permettait pas au *reus* de l'invoquer lui-même pour faire respecter la convention. Pourquoi le préteur aurait-il d'ailleurs exigé le mandat, quand le droit civil lui-même, en matière de novation, admettait la libération du débiteur par le fait d'un tiers, à l'insu de celui-ci, et même malgré lui[5]?

[1] Dig., *De oblig. et act.*, l. 47.
[2] Dig., *De pact.*, l. 10, § 2.
[3] Cette objection est celle qui paraît arrêter M. Machelard, *loc. cit.*
[4] Dig., *De pact.*, l. 25, § 2; l. 26.
[5] Dig., *De novat.*, l. 8, § 5.

Restent les textes qui déclarent positivement que le débiteur primitif demeurait obligé, textes que nous avons nous-même cités[1]. Ils signifient simplement que, dans le silence des parties, on considérera que leur intention a été de créer une obligation accessoire, de faire une *intercessio;* que telle est la *nature* du constitut; mais ils ne disent nullement qu'il en serait encore ainsi, s'il avait été convenu que le débiteur serait libéré; on ne peut rien en conclure contre l'exception *doli mali.*

Fallait-il même une convention expresse? Nous ne le pensons pas, car elle n'était pas exigée en matière de novation proprement dite; pour que la *novation prétorienne* se produisît, il y avait nécessité d'un consentement non équivoque, mais le juge pouvait l'induire de toutes les circonstances de la cause. Il est vrai que Justinien a exigé une déclaration expresse pour qu'il y ait novation[2]; mais la constitution de l'empereur ne s'applique pas dans ses termes au constitut, et il serait peut-être téméraire de l'y soumettre.

§ 3. — Effets du pacte de constitut intervenu entre le débiteur et un nouveau créancier.

Cette hypothèse, plus rare que la précédente dans la pratique, est formellement prévue par un texte des Pandectes[3]: *Secundus* étant débiteur de X envers *Primus*, celui-ci consent à ce que son débiteur s'oblige à payer les mêmes X à *Tertius;* le pacte de constitut se passe entre ces deux derniers personnages.

Quant aux effets du pacte, les textes sont muets[4]; mais il y avait à faire encore ici une distinction tirée de l'intention, et qui est tout à fait analogue à celle que nous avons proposée sous le paragraphe précédent.

I. Il était parfaitement possible que les parties n'aient pas eu la volonté d'éteindre l'obligation préexistante pour la remplacer par la nouvelle obligation : le créancier avait peut-être voulu

[1] Pag. 211, not. 3.

[2] Cod. Just., *De novat.*, l. 8.

[3] Dig., *De pecun. const.*, l. 5, § 2.

[4] Notre collègue et ami M. Demangeat, *Oblig. solid.*, p. 85, voit dans le texte cité à la note précédente la preuve que, quand le débiteur s'obligeait par constitut envers un tiers, il était tenu envers ce tiers comme *délégataire.* Nous n'y avons rien lu de semblable.

se donner un *créancier accessoire*, et l'opération avait alors la plus grande analogie avec une *adstipulatio* [1]. Si *Tertius* n'était pas *adstipulator*, c'est qu'il n'avait pas stipulé. L'avantage principal que le créancier *Primus* trouvait alors au constitut, c'est qu'il y avait désormais une autre personne qui pouvait poursuivre le débiteur pour obtenir payement par l'action *de pecunia constituta*, et s'il était obligé de s'absenter, le recouvrement effectif de sa créance ne se trouvait pas compromis. Un *adjectus solutionis gratia* n'aurait pas procuré au créancier cette sécurité, car l'*adjectus* n'était pas créancier, il ne pouvait intenter aucune action, ses pouvoirs se réduisaient à toucher le payement [2]. Sans doute le créancier aurait pu constituer un *cognitor* ou un *procurator;* mais, outre que cela n'était pas possible quand il s'agissait d'une action de la loi [3], le *cognitor* ne pouvait pas toujours être facilement constitué [4], il pouvait aussi arriver qu'on lui opposât une *cognitoria exceptio* [5], et quant au *procurator*, il aurait été soumis à fournir des *satisdationes* toujours difficiles à trouver [6].

L'analogie entre le constitut et l'*adstipulatio* est sensible : — considérons d'abord les relations du débiteur qui venait de s'obliger par constitut et du nouveau créancier : celui-ci pouvait intenter une action, recevoir le payement de façon à libérer le débiteur envers ses deux créanciers, etc. — Dans les relations du créancier primitif et du débiteur, rien n'était changé : le créancier pouvait toujours exercer l'action qu'il avait conservée, toucher le payement, faire novation, remise de dette, etc., et tous ces faits libéraient le débiteur même envers celui à l'égard duquel il s'était obligé par constitut. — Dans les relations de l'ancien et du nouveau créancier, il y avait contrat de mandat ; si *Tertius* touchait le payement, il en devait intégralement compte à *Primus*.

Mais les deux situations ne devaient pas cependant être con-

[1] Gaii *Comm. III*, §§ 110 à 114.

[2] Inst. Just., *De inutil. stipul.*, § 4.

[3] Dig., *De reg. jur.*, l. 123, pr.

[4] Gaii *Comm. IV*, § 83. Cela est surtout vrai si l'on admet que le *cognitor* ne pouvait être constitué qu'en présence du magistrat.

[5] Gaii *Comm. IV*, § 124.

[6] *Ibid.*, §§ 100, 98.

fondues : — Notamment, la créance du créancier principal et celle de l'*adstipulator* étaient incontestablement corréales, d'où la conséquence que la *litiscontestatio* faite avec l'un des créanciers libérait le débiteur à l'égard de l'autre ; en cas de constitut, il n'y avait pas corréalité. — L'*adstipulator* pouvait faire novation avec le débiteur, lui accorder acceptilation, et tous ces faits libéraient le débiteur envers le créancier originaire ; il serait téméraire de décider que le créancier accessoire par constitut eût le même droit, et dès lors le deuxième chef de la loi Aquilia [1] ne lui aurait jamais été applicable. — Il est également improbable que l'on ait étendu au constitut la règle d'après laquelle la créance de l'adstipulant ne passait pas à ses héritiers, et celle qui déclarait, *singulari jure*, l'esclave ou la personne *in mancipio* incapable d'adstipuler [2]. — Notons enfin la différence relative à la *sponsio* pénale *dimidiæ partis* [3].

II. Si nous supposons maintenant que les parties aient voulu remplacer l'obligation de *Secundus* envers *Primus* par celle de *Secundus* envers *Tertius*, nous ne faisons nullement difficulté de reconnaître qu'il y avait alors *novation prétorienne*, c'est-à-dire que si *Primus* voulait intenter l'action qui *jure civili* restait attachée à sa créance, *Secundus* pouvait le repousser par une exception.

Quelle exception ? Celle de dol sans aucun doute ; mais ici le débiteur avait en outre la faculté d'invoquer une exception *in factum*, tirée directement du pacte, car il y avait été partie : c'est bien lui qui était personnellement convenu avec son créancier que, moyennant l'obligation qu'il contractait envers le tiers, il ne pourrait plus être poursuivi en vertu de l'ancienne action. Cette exception *in factum* pouvait être l'exception *pacti conventi* [4], et plus spécialement l'exception *de pecunia constituta*, qui n'est nulle part, il est vrai, mentionnée dans les textes, mais dont l'existence n'est guère douteuse à nos yeux, car le débiteur pouvait avoir intérêt à faire insérer dans la formule que ce n'était pas d'un pacte *de non petendo* quelconque qu'il argumentait, mais d'un pacte *de non petendo* qui avait pour base l'obligation qu'il avait prise par constitut envers un tiers sur l'ordre

[1] Gaïi *Comm. IV*, §§ 215, 216.
[2] *Ibid.*, § 114.
[3] *Ibid.*, § 171.
[4] Machelard, *loc. cit.*

de son créancier. En d'autres termes, le pacte *de non petendo* correspondait à l'*acceptilation*, le pacte de constitut à la *novation ;* le préteur devait avoir organisé des exceptions différentes pour ces deux situations.

Il faut maintenant se demander s'il fallait présumer dans le doute que les parties avaient voulu faire une opération analogue à l'*adstipulatio* ou à la *novatio?* Nous sommes sans aucun renseignement sur ce point. A l'époque où l'*adstipulatio* était fréquente, on devait se décider en faveur de la première opinion, car, dans l'espèce inverse examinée au paragraphe 1er, on interprétait contre la novation, et on ne voit pas pourquoi on n'aurait pas suivi la même règle ici ; le créancier ne devait pas être censé avoir facilement abdiqué son droit. Peut-être la jurisprudence a-t-elle changé quand l'*adstipulatio* est tombée en désuétude. Dans tous les cas, on ne devait pas exiger une déclaration formelle pour qu'il y eût novation.

§ 4. — Effets du pacte de constitut intervenu entre le même créancier et le même débiteur.

Il est assez difficile, au premier abord, de comprendre l'utilité du pacte de constitut en pareille hypothèse ; elle était grande cependant. Toutes les idées peuvent se classer sous trois chefs : —D'abord, si l'obligation préexistante était une simple obligation naturelle, le pacte procurait au créancier l'avantage immense d'avoir désormais une action [1]. — Ensuite, en admettant que l'obligation préexistante ait été civile, le constitut pouvait intervenir pour la modifier; ainsi pour changer l'époque d'exigibilité [2], le lieu du payement [3], l'objet dû [4], pour fixer définitivement la chose qui serait payée lorsque l'obligation était alternative [5], etc. —Enfin, même quand le constitut ne modifiait en rien l'obligation préexistante, il avait toujours l'utilité d'armer le créancier d'une action plus énergique à cause de la *sponsio dimidiæ partis* [6].

[1] Dig. *De pecun. const.*, l. 1, § 7.
[2] *Ibid.*, l. 16, § 1.
[3] *Ibid.*
[4] *Ibid.*, l. 1, § 5.
[5] *Ibid.*, l. 25, pr.
[6] Gaii *Comm. IV*, § 171.

Mais l'obligation primitive subsistait-elle dans notre hypothèse, en sorte que le créancier avait le choix entre l'action préexistante et celle *de pecunia constituta*, ou au contraire l'obligation primitive était-elle éteinte *exceptionis ope*, bien entendu ? Nous refusons encore ici de faire une réponse absolue.

I. Le but du constitut avait pu être d'armer le créancier d'une action nouvelle, sans le priver de l'action primitive, de lui permettre, par exemple, d'exiger du débiteur, en cas de poursuites, la *sponsio dimidiæ partis*, mais de façon à ne lui conférer qu'une simple faculté. Sans doute il ne pouvait cumuler les deux actions, mais il restait libre de choisir, et remarquons qu'il pouvait parfaitement arriver qu'il eût intérêt à agir par l'action dont il était antérieurement muni. Ainsi cette action pouvait être de la compétence des *centumviri* [1], à la différence de l'action *de pecunia constituta ;* de même elle pouvait être perpétuelle, tandis que l'action *de pecunia constituta* n'était qu'annale, au moins en certains cas [2] ; enfin, supposons que la créance primitive fût garantie par une hypothèque, le créancier avait un avantage évident à ne pas l'éteindre [3].

Voici seulement la question que l'on peut soulever : Si le pacte contenait une dérogation favorable au débiteur, par exemple une prorogation de délai, ou l'indication d'un lieu plus commode pour le payement, le créancier pouvait-il le laisser de côté, et

[1] Quelques auteurs prétendent que les actions *in personam* n'étaient jamais portées devant les centumvirs (Bonjean, *Des act.*, I, p. 200) ; mais il nous paraît probable que l'obligation contractée *per æs et libram* était de leur compétence (Cicéron, *De orat.*, I, 38).

[2] Cod. Just. *De const. pecun.*, l. 2.

[3] Un fragment de Paul ne s'explique bien qu'en admettant le maintien de l'obligation primitive dans l'intention des parties (Dig., *De solut.*, l. 59) Le jurisconsulte suppose que j'aie stipulé *mihi aut Titio*, Titius est un *adjectus solutionis gratia ;* plus tard, je fais le pacte de constitut avec mon débiteur, et je ne répète plus que celui-ci pourra payer entre les mains de Titius ; il le peut cependant encore, décide le jurisconsulte. Nous comprenons facilement cette solution, si le constitut a été fait sans esprit de novation, l'obligation primitive subsiste intacte, donc le droit pour le débiteur de payer entre les mains de l'*adjectus ;* mais si les parties avaient voulu nover, il en serait autrement, et c'est ce qui explique pourquoi, dans un autre texte, le même Paul affirme positivement qu'après le constitut, le débiteur ne se libère pas en payant à l'*adjectus* (Dig., *De pecun. const.*, l. 8).

intenter purement et simplement l'action primitive? Nous n'irions pas jusque-là ; le créancier devait sans doute respecter le pacte, et s'il ne le faisait pas, il s'exposait à une exception ; mais ce que nous soutenons, c'est que rien ne l'empêchait, si les parties l'avaient ainsi voulu, d'agir par l'ancienne action, sauf à tenir compte des modifications introduites par le pacte.

II. Mais cela dit, nous ne craignons pas d'affirmer que si le créancier et le débiteur avaient entendu remplacer l'obligation ancienne par la nouvelle, il y avait alors *novation prétorienne inter easdem personas ;* le créancier en était réduit à l'action *de pecunia constituta*, ou du moins s'il osait soulever l'autre, il la voyait paralysée par l'exception de dol, ou l'exception *pacti conventi*, ou même l'exception *de pecunia constituta*.

Ici encore nous admettons, même dans le Droit de Justinien, qu'aucune déclaration expresse n'était nécessaire, mais nous croyons que la présomption existait au profit de la novation. Cela résulte *a contrario* des textes qui proclament la décision inverse lorsque le constitut était fait entre le créancier et un tiers [1], des textes qui dans notre espèce *seulement* assimilent le constitut au payement [2]; enfin de la nature même des choses, car lorsque les parties ont volontairement modifié une obligation antérieure, n'est-il pas raisonnable de penser qu'elles ont considéré le règlement intervenu entre elles comme faisant définitivement leur loi, que le passé est effacé, et qu'il n'y aura plus d'autre lien à les unir que celui qui vient d'être créé? Il y a des hypothèses dans lesquelles cela apparaît avec un caractère d'évidence : par exemple, lorsque c'est l'objet dû lui-même qui a été changé, qu'à la place de X le débiteur s'est engagé à donner un esclave !

§ 5. — Effets du pacte de constitut intervenu entre l'un des créanciers et le débiteur.

Il pouvait y avoir plusieurs créanciers et un seul débiteur relativement à la même dette, c'est ce qui se produisait notamment dans le cas de plusieurs *correi stipulandi* [3]. Supposons que l'un

[1] Dig., *De pecun. const.*, l. 28.
[2] *Ibid.*, l. 1, § 5 ; l. 10.
[3] Inst. Just., *De duob. reis*, pr.

d'eux fasse le pacte de constitut avec le débiteur, quels vont être les effets produits ?

I. Un texte des Pandectes répond à la question [1]. Il décide qu'après le pacte, le débiteur ne peut payer aux mains des autres créanciers. De là nous devons conclure que ceux-ci n'ont plus action contre le débiteur, ou du moins que cette action serait paralysée entre leurs mains par une exception, et que le créancier qui a fait le pacte ne pourrait plus lui-même agir par l'action primitive : il en est réduit à l'action *de pecunia constituta*. Ces conséquences sont d'autant plus certaines que Paul, pour justifier sa solution, pose cette règle, que le constitut vaut payement : *Quia loco ejus qui jam solutum est, haberi debet is cui constituitur*. Cette formule du jurisconsulte n'est pas très-exacte sans doute, il veut seulement exprimer cette idée, que l'obligation primitive est éteinte ; mais le mode d'extinction n'est pas le payement, c'est la *novation prétorienne* [2], dont nous avons déjà si souvent parlé.

Une difficulté grave qui n'a pas encore été suffisamment étudiée se présente ici. Paul admettait incontestablement qu'un *correus* pouvait, par son fait, priver ses cocréanciers de leur action à l'aide du pacte de constitut; mais comment peut-il se faire alors que le *correus* n'ait pas eu le même droit à l'aide d'un pacte *de non petendo in rem* [3] ? Dira-t-on que le pacte *de non petendo* était plus dangereux, parce qu'il éteignait la créance sans rien mettre à la place, tandis que le constitut substituait au moins une nouvelle obligation à l'ancienne ? Mais, outre que cette obligation pouvait être moindre, l'explication n'aurait quelque valeur qu'en supposant les *correi socii ;* car si, dans cette hypothèse, le *correus* pactisant était comptable envers ses cocréanciers de ce qu'il pouvait toucher à l'aide de l'action *de pecunia constituta*, il n'en était plus ainsi dans l'espèce inverse, et dès lors le pacte de constitut leur nuisait tout autant que le

[1] Dig., *De pecun. const.*, l. 10.

[2] Du reste, Paul prenait probablement ici le mot *solutum* dans son sens le plus large ; on sait que, dans cette acception, le mot SOLUTIO *pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam* (Dig., *De solut.*, l. 54).

[3] Dig., *De pact.*, l. 27, pr. — Vinnius veut que le pacte puisse être opposé pour la part revenant au *correus socius* (*De tut., quæst. I*, 4) ; mais ce système ne doit pas être admis.

pacte *de non petendo ;* il était même beaucoup plus à craindre, car le *correus* devait être bien plus disposé à le faire, parce que s'il perdait l'action primitive, il en acquérait une nouvelle. Dira-t-on encore que les jurisconsultes romains considéraient le constitut comme équivalant au payement (ou mieux à la novation)? Mais c'est là une pétition de principes ; d'ailleurs, pourquoi le pacte *de non petendo* n'équivaudrait-il pas aussi au payement (ou mieux à l'acceptilation)?

Il nous paraît qu'il n'y a qu'une manière de se tirer d'embarras, c'est d'admettre qu'il existait une controverse parmi les jurisconsultes romains sur les pouvoirs du *correus*. Les uns partaient de cette idée qu'un *correus* ne pouvait, par un acte de sa volonté, compromettre le droit de ses *correi* [1]; ceux-là niaient que le pacte *de non petendo in rem* fût opposable aux autres créanciers, ils décidaient de même à l'égard de la novation civile [2], et *à fortiori* à l'égard de la novation prétorienne ; la loi 10 *De pecun. const.* n'aurait donc pas exprimé l'opinion de ces jurisconsultes dissidents. D'autres admettaient que le *correus* pouvait, par son fait, enlever l'action à ses cocréanciers ; ils soutenaient en conséquence que le pacte *de non petendo in rem* leur était opposable, de même la novation civile [3], enfin la novation prétorienne [4].

Nous avons la preuve certaine de la lutte relativement à la novation civile [5]. Pour le pacte *de non petendo*, la loi 27, *De pactis*, affirme que le pacte n'était pas opposable aux cocréanciers; mais pour le constitut, la loi 10, *De pecun. const.*, affirme que le pacte leur était opposable : décisions contradictoires qui supposent nécessairement une controverse dont Justinien a jugé à propos de ne pas nous fournir les textes ! D'ailleurs, si nous n'avons pas la preuve directe que certains jurisconsultes soutenaient que le pacte *de non petendo in rem* pouvait être invoqué contre les

[1] Si tout le monde paraît avoir été d'accord pour faire produire à l'acceptilation un effet absolu (Dig., *De accept.*, l. 13, § 12), c'est qu'elle était l'image d'un payement (Gaii *Comm. III*, § 169).

[2] Dig., *De pact.*, l. 27, pr.

[3] Dig., *De novat.*, l. 31, § 1.

[4] Dig., *De pecun. const.*, l. 10.

[5] Les efforts faits pour concilier la loi 27, *De pact.*, et la loi 31, § 1, *De nov.*, ont tous échoué (Demangeat, *Oblig. solid.*, p. 309 et suiv.).

autres créanciers, les indices les plus graves existent à cet égard : Paul ne nous dit-il pas : *In his qui ejusdem pecuniæ exactionem habent in solidum... quatenus noceat pacti exceptio, quæritur*[1] ? La loi 27 *De pactis,* empruntée au même passage des écrits du jurisconsulte[2], donne ensuite, il est vrai, une solution fort nette pour repousser l'exception ; mais Paul nous apprend que telle était l'opinion de Neratius, d'Atilicinus, de Proculus, enfin de Labéon, énumération qui suppose précisément que c'est l'opinion de certains jurisconsultes qui est rapportée, mais non celle de tous. Comment douter d'ailleurs quand on voit que c'est cette même loi 27 qui dénie au *correus* le droit de nover ?

On nous objectera peut-être que la loi 27 *De pactis* et la loi 10 *De pecun. const.* sont toutes les deux de Paul, et que dans notre système ce jurisconsulte aurait été en contradiction avec lui-même, puisque, dans la controverse dont nous parlons, il aurait émis deux opinions contradictoires. Nous nous contenterons de faire observer que, dans la loi 27, Paul pose la question, puis il rapporte la solution donnée par les jurisconsultes qu'il énumère, mais rien ne peut faire supposer qu'il ait lui-même adopté cette solution ! C'est dans la loi 10 *De pecun. const.* qu'il faut aller chercher sa propre pensée, et nous croyons fermement qu'il admettait l'efficacité du pacte *de non petendo in rem,* et de la *novation* contre les autres créanciers.

En résumé, nous dirons que la question de savoir si le *correus* pouvait faire le constitut de façon à nover l'obligation primitive était controversée ; mais nous aurons bien soin de faire remarquer que la controverse ne portait nullement sur le point de savoir si *jure prætorio* le constitut pouvait avoir un effet novatoire (ce qui, suivant nous, a toujours été admis par tous), mais sur cet autre point : Quels étaient les pouvoirs d'un *correus* ?[3].

Reste encore une difficulté fort sérieuse : Pour les juriscon-

[1] Dig., *De pact.*, l. 21, § 5.

[2] Lib. III, *Ad edictum.*

[3] C'est en cela que notre explication de la loi 10, *De pecun. const.*, diffère entièrement de celle donnée par M. de Savigny, *loc. cit.* La loi 18, § 3, fait, il est vrai, allusion à d'anciennes controverses, mais elles portaient uniquement sur la question de savoir si l'obligation du constituant était ou non corréale ; c'est l'analogie avec la fidéjussion qui avait fait naître la difficulté.

sultes qui, comme Paul, reconnaissaient au *correus* le droit de nover par constitut, quelle était l'exception dont le débiteur pouvait se prévaloir s'il était poursuivi par l'un des créanciers étrangers au pacte ? L'exception *pacti conventi*, l'exception *de pecunia constituta*, ne paraissent pas avoir été possibles, car le demandeur n'y avait pas été partie[1] ; l'exception de dol semble difficile; car quel dol commettait le demandeur en ne respectant pas un pacte qui était pour lui *res inter alios acta ?* Il nous paraît cependant que c'était cette exception qui était applicable, car le défendeur pouvait dire que, d'après les principes de la solidarité, chaque créancier avait, pour ainsi dire, le droit d'*occuper* la créance, que l'un des *correi* l'avait fait en passant le pacte de constitut avec lui, qu'il y avait donc dol de la part du demandeur à prétendre encore exercer l'action.

II. Maintenant, de tout ce que nous venons de dire faut-il conclure d'une manière absolue que, dans la doctrine qui permettait au *correus* de nover par constitut, la novation prétorienne se produisait nécessairement? Nullement ; le *correus* pactisant avait pu songer à acquérir une action plus énergique, mais sans se priver de la faculté, et par conséquent sans enlever à ses *correi* la faculté, d'agir par l'action primitive.

Que signifie donc la décision de Paul ? Lorsque les parties ne s'étaient pas formellement expliquées sur les effets du pacte, il fallait bien s'attacher à une présomption quelconque ; or, nous avons vu que quand le constitut intervenait entre le débiteur et un nouveau créancier, on présumait que le pacte était accessoire ; que quand il se produisait au contraire entre le même créancier et le même débiteur, on présumait qu'il était extinctif ; en réalité, dans notre hypothèse on était beaucoup plus près de la seconde espèce que de la première, car un *correus* était créancier et même créancier pour le tout, on supposait donc la novation, et c'est là tout ce que Paul veut dire.

§ 6. — Effets du pacte de constitut intervenu entre le créancier et l'un des débiteurs.

Un créancier pouvait avoir plusieurs débiteurs pour une même dette ; tous étaient principaux comme plusieurs *correi promit-*

[1] Dig., *De regul. jur.*, l. 73, § 3.

tendi, ou l'un était principal et l'autre accessoire, comme un *reus* et un *fidejussor*.

Aucun texte ne nous fait connaître l'effet du pacte de constitut intervenu entre le créancier et un seul de ses débiteurs, mais il nous paraît facile de trouver la solution en partant des principes exposés jusqu'ici.

I. Si l'intention des parties avait été de faire une novation, le créancier ne pouvait plus intenter que l'action *de pecunia constituta* contre le débiteur pactisant : l'action originaire exercée par lui contre l'un quelconque des débiteurs aurait été paralysée par une exception. Cette solution jaillit nécessairement de la décision de Paul pour l'espèce inverse[1], et ici nous remarquons qu'il devait y avoir unanimité parmi les jurisconsultes, car s'ils pouvaient être en désaccord sur la question de savoir quels étaient les pouvoirs d'un cocréancier, ils admettaient tous incontestablement qu'un créancier unique pouvait librement disposer de son droit.

Quant à l'exception dont étaient armés les débiteurs, voici les distinctions qu'il fallait faire : Le débiteur pactisant avait à sa disposition l'exception *doli mali* ou *pacti conventi*, ou *de pecunia constituta*. Pour les autres, les principes du pacte *de non petendo* nous paraissent applicables, c'est-à-dire que le défendeur pouvait opposer l'exception *pacti* ou *de pecunia constituta*, toutes les fois que le débiteur pactisant y avait intérêt, sinon il ne pouvait invoquer que l'exception de dol. Ainsi, si les *correi promittendi* étaient *socii*, le *correus* non pactisant pouvait invoquer l'exception *pacti* ou *de pecunia constituta ;* s'ils étaient *non socii*, il n'avait plus que l'exception de dol; de même le pacte fait avec le *reus* armait en principe le fidéjusseur de l'exception *pacti* ou *de pecunia constituta*, le pacte avec le fidéjusseur ne donnait en général au *reus* que l'exception *doli*[2].

II. Mais si le créancier avait seulement voulu obtenir une action spéciale contre l'un des débiteurs, en conservant d'ailleurs son action intacte contre tous, il n'y avait pas de raison pour que cette volonté ne fût pas suivie ; seulement on ne la présumait pas.

[1] Dig., *De pecun. const.*, l. 10.
[2] Dig., *De pact.*, l. 21, § 4; l. 23, l. 24, l. 25, l. 26.

§ 7. — Conclusion.

En résumé, le constitut nous apparaît comme un pacte qui pouvait produire les effets les plus variés, et, sous chacune de ses faces, il avait dans le droit civil un analogue dont il ne différait que par la forme.

Si les parties n'avaient pas voulu éteindre l'obligation préexistante, le constitut ressemblait : — ou à la *fidejussio*, — ou à l'*adstipulatio* — ou à la *stipulatio* modificative d'une obligation antérieure.

Si les parties avaient voulu éteindre l'obligation préexistante, le constitut ressemblait : — ou à la novation par changement de débiteur, — ou à la novation par changement de créancier, — ou à la novation *inter easdem personas* [1].

Ed. Bodin,
Professeur de droit romain à la Faculté de Rennes.

[1] Plusieurs auteurs (notamment M. Demangeat, *Cours élém. de dr. rom.*, t. II, p. 531), dans l'exposition de la théorie du constitut, partent de l'idée de l'assimilation de ce pacte au payement. Ce point de vue nous a toujours paru manquer d'exactitude. — E. B.

DE L'INFLUENCE DES TRAVAUX

DE POTHIER ET DU CHANCELIER D'AGUESSEAU

SUR LE DROIT CIVIL MODERNE.

(Suite et fin.)

CHAPITRE IV.

LES TRAVAUX DE POTHIER. — SES PREMIERS OUVRAGES.

25. Caractère de Pothier.
26. Son ouvrage sur les Pandectes de Justinien.
27. Commentaire de la Coutume d'Orléans.
28. Traité des obligations.
29. Caractère général du droit des obligations. — Série des travaux de Pothier sur les diverses parties des obligations.
30. Traité de la vente et des retraits.
31. Traités des contrats de rente et de change.
32. Traités du louage et du bail à rente.
33. Traités de la société et des cheptels.
34. Traités des contrats de bienfaisance et du mandat.
35. Traité du contrat de mariage.
36. Traité de la communauté.
37. Appréciation de l'ensemble des travaux de Pothier sur les obligations.
38. Affinités du droit des obligations avec la morale. — Pothier et les théologiens.

25. Pothier, lorsqu'il commença à écrire sur le droit français, était déjà avancé en âge : des études immenses avaient mûri son esprit. Il avait cherché la vérité dans le droit avec la patience d'un savant et la conscience d'un homme profondément honnête. Il ne se contentait pas d'étudier les textes législatifs et les écrits des jurisconsultes ; il en comparait toujours les solutions avec la morale et l'équité. Les soins qu'il mettait à s'entourer de toutes les autorités étaient eux-mêmes une affaire de conscience : il cherchait la vérité partout où il espérait la trouver, bien plus qu'il ne voulait faire œuvre d'érudition. A chaque instant, on le voit consulter non-seulement les anciens auteurs, mais encore ceux de son temps ; lors même qu'il tient le pre-

mier rang, il leur demande conseil sur ses ouvrages, se réforme sur leurs avis quand ils lui paraissent fondés ; et s'il refuse parfois de s'y soumettre, c'est sans aigreur et sans faux air de supériorité ; zélé pour la vérité, indifférent aux satisfactions d'amour-propre, il n'a jamais de ces partis pris qui avaient parfois égaré Dumoulin lui-même. Il a le désintéressement, aussi utile chez les savants pour le progrès de la science que les connaissances elles-mêmes.

26. Pothier débuta dans la carrière d'écrivain jurisconsulte par la publication de ses *Pandectes*. Il se proposait là un simple travail de classification et de coordination, mais il était immense : il s'agissait de ramener à un plan méthodique et naturel les nombreux fragments de jurisconsultes alignés avec tant de confusion dans la compilation de Justinien. On a cru retrouver de nos jours le plan d'après lequel avait été faite cette compilation. Les commissaires de Justinien avaient d'abord déterminé les divisions générales du sujet, en suivant à peu près l'ordre de l'édit du préteur ; puis le travail à faire sur chaque titre avait été partagé entre les professeurs des trois années de droit à Constantinople : ceux de la première année, chargés d'enseigner les ouvrages de Sabinus et de ses commentateurs, en extrayaient les passages relatifs à chaque matière ; ceux de la deuxième année opéraient de même sur les auteurs qui faisaient la matière de leur enseignement, les commentateurs de l'édit ; enfin, les professeurs de troisième année puisaient dans Papinien la substance de leur travail. Ces travaux avaient été ensuite juxtaposés sur chacun des titres, et formaient trois séries, à peine interverties parfois pour placer en tête du sujet les définitions essentielles ; mais on n'avait aucune suite dans les idées ; les développements étaient isolés de leurs principes et répandus çà et là : tel est pourtant l'ensemble dans lequel il faut retrouver l'ancien droit romain, ce modèle de sagesse législative et doctrinale.

L'incohérence de ce grand ouvrage, jointe aux subtilités que n'avait pu éviter l'esprit si net des jurisconsultes romains, encore arrêté par les prescriptions formalistes de leur ancienne législation, avait fait négliger à certaines époques, et notamment au dix-huitième siècle, l'étude du droit romain dans les universités françaises.

Après le grand mouvement du seizième siècle, la stérilité avait pesé sur le droit romain bien plus que sur le droit national. L'esprit français hait deux choses : le défaut de méthode et la subtilité ; et c'étaient précisément les deux défauts que présentait l'étude du droit romain. Mais Pothier était un de ces esprits laborieux qui savent découvrir les trésors au prix de la fatigue et de l'ennui. Il avait compris, en étudiant le droit romain, tout ce que ses décisions renfermaient de sagesse et avaient encore d'applicable au droit moderne. Il s'attacha donc à les rendre accessibles en suppléant à la méthode si vicieuse des compilations de Justinien ; quant aux subtilités, il était obligé de les accepter dans son travail, sauf à les expliquer de la façon la plus simple possible.

Les *Pandectes* furent une œuvre préparatoire à l'exposition du droit français, et elles eurent une utilité incontestable. Exposer sous leur vrai jour et dans leur ordre logique toutes les règles du droit romain, faire dominer et au besoin suppléer les principes généraux, indiquer les rapports de ces principes avec leurs conséquences, coordonner et généraliser toutes ces matières diverses, c'était en quelque sorte leur donner la vie. Si cette œuvre n'exigeait pas une grande originalité dans les détails, elle voulait de la sûreté dans les plans et un labeur infatigable : il fallait classer les textes, et souvent les concilier entre eux, mais brièvement et sans perdre de vue que l'ouvrage devait conserver un caractère d'exposition générale ; à tout ce qui soulevait une difficulté, de courtes notes devaient suffire. Pothier soumit à diverses reprises son travail à ses amis et aux jurisconsultes de l'époque, en sollicitant leurs observations. D'Aguesseau lui-même, malgré ses nombreuses occupations, se fit communiquer l'ouvrage de Pothier, l'aida de ses conseils et de ses encouragements.

Malgré tant de soins consciencieux, un pareil travail ne fut pas du goût de tous les esprits ; il déplut à cette classe de jurisconsultes, assez nombreux en Allemagne, qui veut faire du droit une science inaccessible aux profanes, un prétexte à systèmes et à dissertations. Quoi ! ces décisions si savantes, cette terminologie abstraite inventée et multipliée à plaisir, ces classifications où l'on se reconnaissait à peine, tout cela devait faire place à un ordre simple et naturel ! Quoi encore ! toutes ces ex-

plications historiques, littéraires, ces vastes dissertations pour préciser le sens d'un texte, seraient remplacées par une note de deux lignes ! Toutes ces choses qui avaient donné tant de peine à de grands docteurs s'expliqueraient clairement, sans ambages ni circonlocutions, et comme si elles étaient les plus naturelles du monde ! — Le *Journal des Savants*, de Leipzig, se fit l'organe de ce dépit des érudits, qui regardaient comme une profanation de rendre accessible à tous ce qu'ils avaient conquis au prix de laborieux efforts. Il accusa Pothier d'avoir mutilé et rabaissé la science dans une compilation sans talent et sans originalité, indigne d'un jurisconsulte.

Pothier, s'il connut ces attaques, les dédaigna, et les faits répondirent pour lui à d'injustes accusations : le droit romain, longtemps négligé à cause des subtilités ajoutées par les modernes à celles qu'il contenait déjà, put être de nouveau cultivé avec fruit ; car si la profondeur est nécessaire à la fin de toute science, la clarté ne l'est pas moins à ses débuts.

Mais nous n'avons pas à nous occuper principalement de l'influence qu'eurent les *Pandectes* de Pothier sur l'étude du droit romain ; nous les mentionnons surtout parce qu'elles furent la préparation de ses traités de droit civil français. Pothier, par l'étude complète du droit romain, avait été mis à même de comprendre tout ce qu'il pouvait contenir de décisions utiles pour la pratique, avec quel sens profond y étaient résolues les difficultés de chaque jour. Négligeant un peu tout ce qui était histoire, singularité de mœurs ou d'institutions, il s'attachait aux déductions des principes éternels de toutes les législations ; il y trouvait des matériaux pour l'exposition du droit français.

Cependant, ce n'est que douze ans après la publication de ses Pandectes qu'il mit au jour son premier livre de droit français. Car les *Pandectes*, dont les premiers essais avaient été communiqués à d'Aguesseau en 1735 par l'intermédiaire de Prévost de la Janès, collègue de Pothier au présidial d'Orléans, avaient paru en 1748. En 1760, Pothier publia le *Commentaire de la Coutume d'Orléans*.

27. Il n'avait d'abord eu l'idée que de publier une nouvelle édition de cette Coutume, avec quelques notes explicatives. Il avait entrepris ce travail avec Prévost de la Janès, et cet essai avait été favorablement accueilli. Mais plus tard les vues de

Pothier s'agrandirent; de ce commentaire imparfait, il tira un véritable traité sommaire du droit coutumier. La forme primitive des annotations sur chaque article était dès lors insuffisante. On sait ce qu'étaient les anciennes Coutumes : des séries de dispositions sur des points détachés, derrière lesquelles il fallait nécessairement sous-entendre toutes les règles générales. Par le commentaire purement exégétique, on s'exposait à tomber dans des détails sans intérêt, sans ordre et sans unité. Pothier crut donc que son rôle n'était pas seulement d'examiner l'une après l'autre les dispositions diverses qui composaient la Coutume d'Orléans, mais au contraire de les reléguer sur le second plan.

Habitué par l'étude méthodique du droit romain à chercher dans toute législation un ensemble de règles générales qui président aux décisions particulières, il introduisit cette façon de procéder dans l'étude de la Coutume d'Orléans, de manière à y enfermer presque tout ce qu'il y avait d'essentiel dans le droit coutumier en général.

En tête de son ouvrage, il plaça une *Introduction générale au droit coutumier*, contenant les définitions et l'origine de ce droit, l'étendue de son application suivant les différents ressorts et suivant les différents objets sur lesquels portaient ses dispositions : il formula ainsi la théorie des *statuts réels* et des *statuts personnels*, et de là fut conduit à établir celle du *domicile*, si importante encore aujourd'hui.

Puis, dans un second chapitre, au moyen de divisions admirables de précision et de clarté, il établit toutes les différentes distinctions des *personnes* et des *biens*, distinctions multipliées par les institutions extraordinaires du moyen âge, par le système féodal, par le régime de la transmission des biens dans les familles. Toutes ces distinctions, étudiées à part dans l'ouvrage de Pothier, et devenues indépendantes les unes des autres, fixent l'esprit sur chacun des objets du droit.

Une science, selon le mot de Condillac, n'est qu'une langue bien faite. Or, les premiers éléments d'une langue sont les définitions. Pothier le comprit ainsi, et embrassant successivement dans son cadre les différentes dénominations juridiques que pouvaient prendre les personnes et les choses, il put présenter à l'esprit, sans jamais revenir sur ses pas ni entrer dans des digressions inattendues, un tableau succinct et complet des insti-

tutions coutumières. Et pourtant, toutes ces divisions et définitions, il avait fallu les chercher en dehors des textes de la Coutume, qui indiquaient les choses sans les définir et en supposaient la connaissance acquise.

Ce travail d'introduction générale se reproduit sur une moindre échelle pour chaque titre de la Coutume. Pothier ne se jette pas dès le début *in medias res ;* il n'aborde pas article par article les textes de la Coutume. Une introduction spéciale établit les divisions et les définitions de chaque matière, en dégage les règles générales pour en tirer les conséquences ou en indiquer les dérogations. Toutes ces introductions exigeaient un travail considérable : d'abord une étude attentive du texte lui-même, pour découvrir le principe générateur de chaque disposition ; puis le classement et la discussion des décisions : travail de généralisation et de détail à la fois.

Les introductions de Pothier sur les différents titres de la Coutume d'Orléans sont de véritables traités, des tableaux résumés, mais complets, de chaque partie du droit coutumier. On peut véritablement les comparer à des titres du Digeste, tels que Pothier les avait précédemment mis en ordre ; seulement sa tâche en présence de la Coutume, si elle était moins longue, était bien plus difficile, car il lui fallait suppléer ce qui dans le droit romain était presque toujours donné par le texte lui-même.

Parmi les introductions les plus remarquables de l'ouvrage, on peut citer celles du titre *des Fiefs* (titre Ier), du titre *de la Communauté entre homme et femme* (titre X), de *la Société* (titre XI), des *Donations entre-vifs et en mariage* (titre XV), des *Testaments et donations testamentaires* (titre XVI). Après ces traités, où ressort l'unité et la simplicité des principes, l'étude des textes devient secondaire et facile. Au lieu d'un fastidieux commentaire, on n'a plus besoin que de courtes notes pour expliquer les expressions vieillies ou obscures, pour rappeler des controverses déjà indiquées dans l'introduction, ou les extensions données au texte par l'interprétation. Au lieu du commentaire d'une Coutume, on a tout l'esprit du droit coutumier.

Nous avons insisté sur cet ouvrage, parce qu'il montre chez Pothier l'attachement aux idées générales qui faisaient le fond de toutes les Coutumes plutôt qu'aux détails qui les séparaient. Cette tendance le dirigea constamment, et quelques-unes de ses

introductions sont comme le programme et l'ébauche des traités qu'il publia plus tard.

28. Ainsi préparé par l'étude du droit romain et du droit coutumier, et par l'application d'une commune méthode à l'un et à l'autre, Pothier publia en 1761 son *Traité des Obligations*, le plus beau de ses ouvrages. Là, en l'absence de textes précis et d'un enchaînement facile, il lui fallut presque tout tirer de son propre fonds. Il avait bien un modèle, Domat; mais Domat, trop attaché aux principes du droit romain, en avait quelquefois exposé les doctrines sans les approfondir suffisamment au point de vue pratique; il avait trop négligé les formules de la doctrine moderne, et son ouvrage ne présentait pas pour l'application une sûreté suffisante; d'ailleurs sa théorie des obligations était un peu perdue dans l'encyclopédie juridique de son traité des lois civiles.

Pothier, au contraire, creusa la matière à fond.

Il commence par établir les différentes causes des obligations, qui résultent soit des contrats, soit des quasi-contrats, soit des délits, soit des quasi-délits, soit quelquefois du seul effet de la loi. Après avoir défini chacune de ces sources d'obligations, il aborde l'étude de la plus importante : les contrats. Il établit nettement comment ils résultent du concours de deux volontés au même moment; comment ce concours seul leur donne la force obligatoire; il les distingue par conséquent de la pollicitation, ou offre non acceptée, qui ne lie même pas celui qui l'a faite, tant que l'autre partie n'a pas déclaré vouloir en profiter. Puis il établit la division des contrats en synallagmatiques et unilatéraux, réels et consensuels, etc.

Après ces généralités, Pothier entre dans l'examen des éléments du contrat et des vices qui peuvent l'infecter. Il envisage successivement l'erreur, la violence, le dol, la lésion, le défaut de cause, le défaut de lien. Ensuite, du contrat pris en lui-même, il passe aux qualités des personnes qui peuvent y prendre part; il étudie celles qui sont capables ou non de contracter; et, enfin, il s'occupe de l'objet du contrat. Dans cette étude des éléments constitutifs du contrat, et des accidents qui peuvent en détruire la force, on ne trouve peut-être pas une théorie abstraite assez nettement scientifique, une distinction assez précise des éléments indispensables à l'existence même du contrat et dont l'absence

fait qu'il n'y a pas contrat, d'avec ces autres circonstances nécessaires pour que le contrat existant soit juridiquement inattaquable; en d'autres termes, il ne pose pas bien formellement la distinction entre les causes de nullité absolue et celles d'annulabilité relative. Mais les questions prises une à une sont traitées avec un sens si judicieux, il circule dans toutes les déductions un tel souffle de probité et de bonne foi, les décisions sont si pratiques, qu'on oublie bien vite les légers défauts de la méthode. Si ces cas particuliers et curieux qui se trouvent sur la limite des théories peuvent parfois n'être pas très-clairement prévus, les questions d'une importance quotidienne sont résolues de la façon la plus sûre. Ce mérite se retrouve encore dans l'examen de la validité des stipulations et engagements pour autrui et dans les règles d'interprétation des conventions.

L'effet des obligations est ensuite établi : c'est le droit de poursuite du créancier, et le droit aux dommages-intérêts en cas d'inexécution ; il faut fixer l'estimation de ces dommages-intérêts d'après le gain manqué et la perte soufferte (*lucrum cessans, damnum emergens*). Pothier étudie avec scrupule les applications de cette règle.

Dans la seconde partie de son traité, il aborde les diverses modalités des obligations : obligations pures et simples, à terme, conditionnelles ; — alternatives ou facultatives, — solidaires soit de la part des créanciers, soit de la part des débiteurs, — divisibles ou indivisibles. Sur tous ces points il donne des notions claires et justes que les rédacteurs du Code n'ont eu qu'à abréger. S'il faiblit un peu, c'est dans l'exposé des obligations indivisibles, matière dont les obscurités n'avaient pu être dissipées par l'audacieux génie de Dumoulin dans son *Extricatio labyrinthi dividui et individui*, et dont les subtilités ne convenaient point à l'esprit positif de Pothier. Enfin, à propos de la distinction des obligations principales et accessoires, Pothier donne un véritable traité des fidéjusseurs et des cautions, où il indique l'étendue de leurs obligations et les divers bénéfices qui leur sont accordés (bénéfices de division, de discussion, de cession d'action).

Une troisième partie est consacrée à l'extinction des obligations par payement, novation, confusion, compensation, perte de la chose, action en nullité ou en rescision, et enfin par prescription. Une quatrième partie est relative à la preuve : là se

trouvent les règles de la preuve littérale; puis celles de l'ordonnance de Moulins sur la preuve testimoniale, prohibée au-dessus de la valeur de 100 livres; enfin l'aveu, le serment, les présomptions légales, et particulièrement l'autorité de la chose jugée.

On voit la variété des matières qu'embrassait ce traité sous de larges et claires divisions. Dans ce cadre tout nouveau venaient se réunir et se prêter un mutuel appui : le droit romain, qui fournissait les principes généraux; les coutumes, la doctrine des auteurs et en particulier de Dumoulin, les dispositions des ordonnances. L'ensemble de l'ouvrage, animé par un profond sentiment du juste et de l'honnête, par des discussions sur les règles de la conscience et du for intérieur, pouvait rivaliser non-seulement avec les monuments juridiques que nous a transmis la sagesse des prudents de Rome, mais avec le traité *des Devoirs*, le plus parfait modèle de la morale antique. Faut-il s'étonner si un pareil travail a servi presque constamment de guide aux rédacteurs de notre Code, et si les quelques reproches qu'ils ont mérités viennent de ce qu'ils s'en sont parfois écartés?

29. Le *Traité des Obligations* fut le point de départ d'une série d'autres traités, qui en étaient comme le complément nécessaire, sur les différents contrats. Ces ouvrages ont tous ce caractère commun de s'attacher aux règles qui gouvernent les conventions, pour en développer l'esprit et les applications. Il est remarquable que l'un des moyens les plus énergiques de faciliter le développement de l'unité législative consiste à développer les éléments sur lesquels la volonté individuelle a le plus de prise, comme les règles des conventions et des testaments.

Quelques explications rendront cette pensée plus claire.

Les auteurs allemands distinguent deux sortes de règles de droit, selon les rapports auxquels elles président :

« Les unes commandent d'une manière nécessaire et invariable, sans laisser de place aux volontés individuelles : elles forment le *droit absolu* ou *impératif*. Leur caractère de nécessité peut tenir à l'organisme du droit lui-même, ou à des intérêts politiques, ou enfin à la morale.

« D'autres, au contraire, laissent un champ libre aux volontés individuelles; et quand elles ont négligé de s'expliquer, alors

seulement se présente la règle pour déterminer le rapport de droit. Les règles destinées à suppléer l'expression incomplète des volontés individuelles, on les appelle *droit supplétif*. » (De Savigny, *Traité du droit romain*, liv. Ier, chap. II, § 16.)

Chose remarquable, c'est dans la partie supplétive du droit, dans celle que peut modifier incessamment le caprice individuel, et non dans la partie impérative, qu'on trouve l'uniformité la plus constante. L'homme, tout ondoyant et divers qu'il paraisse, a plus de fixité que ses institutions, et les règles qui dépendent de son initiative, qui président à sa conduite de chaque jour sans être strictement obligatoires, sont plus invariables que celles où l'enferme invinciblement le législateur.

Sans doute, le droit purement impératif devrait être plus uniforme s'il ne se rattachait qu'aux principes de la morale ; et encore souffrirait-il bien des variétés dans l'application. Mais il suffit, pour voir combien il est souvent arbitraire, de jeter les yeux sur notre ancien droit français. Les points réglés par le droit impératif ou absolu, c'étaient l'état des personnes, la nature des biens, les modifications de la propriété, les successions, etc. Ce n'était point là qu'il fallait espérer l'unité. Car ce droit absolu ne l'est point dans le même sens que la morale ; il laisse beaucoup à l'arbitraire, non pas du simple particulier, mais du législateur ; il est, lui aussi, supplétif, en ce qu'il supplée d'une façon variable à des lacunes de la loi naturelle, en ce qu'il n'est souvent par lui-même ni juste ni injuste, et jouit dans ses applications, sinon dans son principe, d'une certaine latitude.

Prenons, par exemple, la légitime ou la réserve ; cette institution a son principe certain dans les préceptes de la loi naturelle ; mais la détermination positive, le chiffre, la limite précise, voilà où le législateur ne trouve dans la loi naturelle qu'un à-peu-près fort incertain. Et si on prend ensuite toutes les questions accessoires : faut-il être héritier pour avoir droit à la réserve? etc., nouvelle source d'embarras : autant de législations, autant de solutions possibles.

Ce n'est donc pas de ce côté qu'il faut chercher à obtenir l'unité quand on n'est pas législateur, et même si on est législateur, quand on n'est pas fortement soutenu par le sentiment public dans le désir d'une réforme. Du temps de Pothier en

particulier, ce n'était pas vers le droit positif impératif, si on peut ainsi parler, que devaient se tourner les jurisconsultes. Que voyait-on, en effet, autour d'eux, à part ces grandes règles qui gouvernaient l'ensemble des coutumes, et qui avaient été dégagées à grand'peine, comme par exemple les caractères généraux de la communauté, du système successoral, caractères dont l'unité dominait la législation elle-même ? Au-dessous, et dans les détails d'application, on trouvait toute la diversité que peuvent offrir des lois et des coutumes rédigées à des époques différentes, et sous l'influence variable des mœurs, des besoins sociaux, des travaux scientifiques. Telle législation datait des Romains, telle autre était inspirée des mêmes principes que les *Assises de Jérusalem* ; une troisième était contemporaine des *Établissements de saint Louis ;* d'autres avaient été rédigées et réformées à l'époque des progrès de l'autorité monarchique, sous Louis XI ; d'autres enfin dataient du mouvement scientifique du seizième siècle, où elles avaient pris une forme nouvelle.

Pour mettre une unité complète dans ce chaos, un coup de violence était nécessaire. Mais il y avait un moyen préparatoire offert aux jurisconsultes, c'était le développement de cet élément supplétif ou conventionnel dont nous avons parlé, et qui, grâce à la liberté qu'il laisse aux actes de l'homme, vient restreindre le domaine du droit impératif et absolu. L'organisation régulière de la loi des contrats et des obligations est l'instrument le plus puissant de rapprochement entre les diverses parties d'un même pays.

En vain objecterait-on que le droit des obligations, sur lequel les volontés individuelles ont tant de prise, doit par là manquer de fixité. Il en a plus en réalité que le droit impératif. Le droit impératif est fait par des hommes d'époques différentes et soumis à des influences variables ; le droit qui règle les effets de la volonté, au contraire, est fait par l'homme, toujours semblable à lui-même et pénétré des mêmes besoins. D'Aguesseau l'avait reconnu quand, dans ses Instructions sur la profession d'avocat général, il recommandait de commencer l'étude du droit par les obligations, comme étant fondées « sur les premières notions de la justice naturelle, » tandis que dans les autres matières « il y a plus de mélange de droit arbitraire et positif. » (4e Instruction, § *Du droit civil ou romain.*)

Faut-il d'ailleurs montrer par quelques exemples l'influence que peut exercer le développement du droit supplétif pour arriver à une législation uniforme, et même quelquefois pour réformer le droit impératif lui-même ?

N'est-ce pas sous l'influence des volontés individuelles que s'est établi, au moyen âge, le régime de la communauté, si constamment suivi dans les pays de coutumes ? Aucun texte ne l'avait proclamé ; il existait à peine dans les traditions germaniques. Eh bien, sous la seule influence des lois générales qui gouvernent les conventions, il s'était développé avec tous ses éléments, de manière à répondre à tous les besoins de l'union matrimoniale. Quand les Coutumes en formulèrent plus tard les règles, elles ne les inventèrent pas ; elles ne firent que consacrer les résultats établis par la pratique constante des individus.

N'est-ce pas aussi la volonté des individus qui, à notre époque, a développé les sociétés civiles, industrielles et commerciales sous toutes leurs formes, en les appropriant aux buts les plus divers : grandes entreprises, assurances contre tous les dangers qui menacent la fortune privée, œuvres coopératives ? Et ce qu'ont fait les volontés des particuliers, agissant dans leur pleine volonté, n'est-il pas plus fixe et plus durable que les règles de législation positive dans lesquelles on cherche à les enfermer après coup ?

De même encore, n'est-ce pas à l'initiative individuelle qu'on dut, en droit romain et dans notre ancienne jurisprudence, cette transformation dans la *tradition* ou livraison comme mode de translation de la propriété ? En la modifiant, en la faisant d'une façon fictive ou symbolique, par la seule volonté des contractants, on en vint à la suppléer par une simple clause de *constitut possessoire*, enfin à la subordonner complétement aux conventions des parties. Ainsi, la nécessité de cette tradition, bien que le droit positif affectât de la régler, se trouva complétement anéantie ; et tandis que les Coutumes contenaient des dispositions variées et multiples sur ses formes, on s'en passait dans la pratique. Du même coup, on vit que cette tradition ne remplissait pas le but qu'elle était censée remplir, savoir de manifester aux yeux de tous la transmission de propriété, et qu'il fallait pour cela quelque chose de plus effectif. Ce fut là le point de départ de la transcription.

Ainsi, beaucoup d'hypothèses en apparence réglées par le droit impératif sont en réalité soumises à la volonté individuelle, et ce droit n'est véritablement que supplétif. Selon qu'on s'attache à son caractère apparent ou à son caractère réel, on arrive à trouver dans la législation l'unité ou la diversité.

Si, par exemple, on eût voulu dans l'ancien droit s'attacher aux dispositions légales relatives à la tradition, et en concilier les termes absolus et contradictoires, on n'y fût jamais parvenu. Au contraire, en les prenant toutes comme une interprétation de la volonté présumée des parties, et en établissant la prédominance de cette volonté, on serait arrivé à subordonner toutes ces dispositions à une règle unique, la liberté des contrats.

De même pour la communauté, qui, avec ses mille variétés, était le régime national de nos pays de coutumes. Si on prenait la législation positive, c'était une contradiction constante. Si on commençait par établir le principe de la liberté des conventions, on ne voyait que des applications d'une règle commune. Ainsi, pour tirer l'exemple de Pothier lui-même, la Coutume d'Orléans, au titre *De la communauté entre homme et femme*, commence par ces termes absolus : « Homme et femme conjoints par mariage sont uns et communs en biens meubles, dettes actives et passives, et en conquêts immeubles faits durant ledit mariage, » etc. (Coutume d'Orléans, tit. X, art. 186.) — Pothier, au contraire, débute dans son *Traité de la communauté* par cette règle : « C'est un principe que les contrats de mariage sont susceptibles de toutes sortes de conventions. » (Introduction, § 1, n° 1.) — Et de même, dans son introduction à ce même titre de la Coutume d'Orléans qui semble avoir une disposition si impérative, il dit, après avoir défini la communauté : « On distingue cette communauté en conventionnelle, qui est établie par une convention expresse du contrat de mariage, et en coutumière, qui a lieu sans convention expresse. »

On peut tirer un enseignement analogue de ce qui se passa lors de la rédaction de notre Code. On discuta beaucoup pour savoir si on admettrait le régime dotal avec la communauté; on craignait de troubler l'unité de la législation; mais on s'aperçut que le seul principe uniforme en pareille matière, c'était la liberté des conventions; on admit donc les deux régimes : ils vivent

maintenant côte à côte, sans que l'harmonie de notre législation en soit troublée.

Quelle est la conclusion de toutes ces réflexions? C'est que beaucoup de matières qui semblent appartenir au droit impératif et absolu appartiennent en réalité au droit supplétif, dominées qu'elles sont par la liberté humaine; c'est que toutes les diversités qui existent dans la législation de ces matières sont bien plus apparentes que réelles et se ramènent à l'unité des principes généraux en matière d'obligations. Un auteur fait donc beaucoup pour l'unité de la législation, si, après avoir dégagé les caractères généraux et constitutifs du droit des obligations, après en avoir montré la constante uniformité, il y rattache le plus de matières possible. Tel fut précisément le rôle de Pothier.

On peut dire que dans notre ancien droit il n'existait point un ensemble complet de traités sur les obligations et les différents contrats. Domat lui-même était insuffisant, plus encore dans les parties de détail que dans la théorie générale; il manquait de précision, d'application à la pratique; souvent même, on a pu lui reprocher d'écrire en législateur plutôt qu'en jurisconsulte.

Pothier, aidé d'une connaissance approfondie du droit romain, entreprit ce travail immense; il avait commencé en 1761 par la publication de son *Traité des Obligations*, qui fut comme le fondement de tout l'édifice; il continua par une série de traités qui devaient embrasser l'ensemble de la législation des contrats, et qu'il publia presque sans interruption d'année en année.

30. En 1762, parut le *Traité de la Vente*.

Une première partie est destinée à établir la nature du contrat de vente et ses éléments essentiels : *res*, *pretium*, *consensus*.

Une seconde partie comprend les obligations du vendeur : livrer la chose et la garantir. La livraison de la chose avait dans l'ancien droit un double effet : celui de transférer la propriété et celui de mettre l'acheteur en possession. Aujourd'hui, la translation de propriété s'opère par le seul consentement des parties, au moment du contrat, et la livraison n'a plus d'autre but que de procurer la jouissance effective de la chose à l'acheteur. A raison du double effet de la livraison ou tradition, l'ancien droit reconnaissait des traditions fictives ou imparfaites, suffisantes

pour transférer la propriété, et par conséquent pour permettre à l'acheteur d'exercer les actions relatives à la chose, mais qui, au point de vue de la mise en jouissance, avaient besoin d'être ultérieurement complétées par une tradition plus complète : par exemple la remise des clefs ou des titres de propriété, ou même la clause de dessaisine-saisine insérée dans l'acte d'aliénation, transféraient la propriété sans procurer la jouissance. Dans le nouveau système du Code, ces traditions fictives et imparfaites n'ont plus d'utilité : il ne saurait être question que de la livraison réelle. Cependant notre Code, dans les articles 1605 et suivants, conserve de nombreux vestiges de l'ancien droit et consacre des cas de tradition fictive aujourd'hui inapplicables ; les rédacteurs du Code méritent d'autant plus de reproches que Pothier avait évité cette confusion : sous la rubrique des *obligations de l'acheteur*, il n'avait parlé que de la tradition réelle, et de ses conditions de lieu, de temps, de mise en demeure ; il avait rejeté plus loin, sous le titre des *effets de la vente*, la tradition fictive destinée uniquement à transférer la propriété.

La seconde obligation du vendeur est de garantir l'acheteur, d'abord contre l'éviction, ensuite contre l'existence de vices cachés dans la chose. Pour la garantie contre l'éviction, elle a deux objets : l'un principal, l'autre subsidiaire. Le principal est d'assurer la paisible possession de la chose ; le subsidiaire consiste, pour le cas où on ne pourrait l'assurer, à indemniser pécuniairement l'acheteur. Sur la fixation de l'indemnité, Pothier emprunte à Dumoulin une théorie que celui-ci avait cru à tort résulter du droit romain. Le droit romain, à défaut de stipulations spéciales, donnait à l'acheteur évincé le droit de réclamer de son vendeur le montant de l'intérêt qu'il avait à n'être pas évincé (*id quod intererat*). Dumoulin, et après lui Pothier, partant de cette idée qu'en cas d'éviction la vente se trouve sans cause, disent que l'acheteur a toujours droit, et avant tout, à la restitution du prix de vente et des frais et loyaux coûts du contrat ; que, de plus, il peut avoir droit à des dommages-intérêts pour le préjudice qu'il éprouve, ou pour les dépenses qu'il a faites sur la chose. Ils font donc deux chefs distincts de l'indemnité et de la restitution du prix, cette dernière restitution étant toujours de droit, lors même que la chose aurait diminué de valeur aux mains de l'acheteur, ou qu'on aurait stipulé la

non-garantie. Cette théorie, développée par Pothier, a passé dans le Code Napoléon (art. 1630 et suiv.).

La troisième partie de l'ouvrage est relative aux obligations de l'acheteur, et en particulier à l'obligation de payer le prix.

La quatrième traite de la question des risques, et conclut qu'à compter du moment de la convention, et même avant la tradition, la chose, si c'est un corps certain, est aux risques de l'acheteur.

La cinquième parle de l'exécution de la vente et de sa résolution, soit par le mutuel consentement des contractants, soit par l'action en rescision pour lésion, soit par la faculté de rachat, soit par le défaut de payement du prix ou le pacte commissoire.

La sixième et la septième partie sont consacrées aux promesses de vendre et d'acheter, aux licitations, aux ventes de biens incorporels, et à différents contrats analogues à la vente.

En même temps que le *Traité de la Vente*, Pothier en publiait un autre *sur les Retraits*, matière qui était dans l'ancien droit un complément nécessaire de la première. Un *retrait* consistait dans le droit attribué à une personne de prendre le marché d'une autre et de se rendre acheteur à sa place. Par exemple, le *retrait lignager* était le droit que la loi accordait aux parents du vendeur d'un héritage de s'en rendre acheteurs à la place de l'acquéreur, et en conséquence de l'obliger à le leur délaisser, à charge de le rembourser et indemniser de son prix d'acquisition et des accessoires. De même le droit de *retrait conventionnel*, assez analogue à la clause de réméré, était un droit stipulé lors de l'aliénation d'un héritage, en vertu duquel le vendeur se réservait la faculté pour lui et ses successeurs, toutes les fois que l'acquéreur ou ses successeurs vendraient l'immeuble, d'avoir la préférence sur les acheteurs et de prendre leur marché. Enfin, le *retrait seigneurial* était le droit conféré au seigneur, lorsqu'un héritage de sa seigneurie était vendu, de prendre le marché de l'acquéreur.

Ces droits, et particulièrement les deux premiers, avaient pour raison d'être cette considération si puissante dans l'ancienne jurisprudence, le maintien et la concentration des biens dans les familles qui les possédaient anciennement ; c'étaient des moyens de les y ramener quand ils en étaient sortis. Mais

ils présentaient de graves inconvénients : l'acheteur d'un bien n'était jamais sûr de le conserver; les conventions les plus légitimes pouvaient être brisées par cette espèce de préemption attribuée à la famille ; la propriété achetée n'était jamais sûre, et par là était découragé l'esprit d'acquisition, et par conséquent l'esprit d'épargne et de travail. C'était tout l'esprit de l'ancien droit : conservation du capital dans les mains des anciens possesseurs, même au prix du crédit et des besoins de la production.

Les trois retraits dont nous parlons, qui faisaient l'objet du traité de Pothier, ont disparu avec raison de notre législation nouvelle. Cependant elle a conservé quelques droits analogues : le retrait successoral (art. 841 C. Nap.) ; le retrait d'indivision (art. 1408); le retrait litigieux (art. 1699). A part le retrait d'indivision, ces institutions ont été critiquées comme portant atteinte à la liberté des conventions, puisqu'elles permettent d'enlever au cessionnaire de droits successifs ou litigieux le bénéfice d'une convention légalement arrêtée ; mais, il faut le dire, l'application en est très-limitée ; elle n'atteint que des spéculations peu dignes d'encouragement ; et si les dispositions de la loi méritent un reproche sérieux, c'est à cause de leur inutilité, tant elles peuvent être facilement éludées.

31. Les traités du *Contrat de constitution de rente* et du *Contrat de change,* qui parurent en 1763, se rattachaient aussi par des liens étroits au *Traité de la Vente.*

La *constitution de rente* était en effet considérée comme un contrat par lequel une personne, en échange d'un prix qu'elle recevait, cédait une rente, perpétuelle ou viagère, dont elle se constituait débitrice : le crédi-rentier était un acheteur, le débirentier un vendeur. Ce contrat, si peu usité chez les Romains qu'à peine est-il nettement indiqué dans la Novelle 160 de Justinien, avait pris une grande extension dans notre ancien droit à cause de la prohibition du prêt à intérêt. Les possesseurs de capitaux, ne pouvant en tirer de revenus au moyen du prêt, les plaçaient en rentes dont ils ne pouvaient jamais exiger le remboursement; mais le débiteur conservait toujours le droit, en offrant ce remboursement, de racheter la rente si elle était perpétuelle. Cette différence dans le remboursement, obligatoire dans le prêt, facultatif dans la rente, séparait ces deux contrats si naturellement voisins l'un de l'autre ; mais pour les distinguer

plus profondément, et écarter le soupçon de favoriser une usure déguisée, on avait affecté de les isoler complétement et de rapprocher la constitution de rente du contrat de vente.

Les constitutions de rente étaient très-fréquentes dans l'ancien droit. Les règles du rachat et des clauses accessoires du contrat donnaient lieu à de graves difficultés; plusieurs édits avaient, à diverses reprises, établi le taux des rentes; une ordonnance de Louis XII, de 1510, avait soumis les crédi-rentiers à une prescription de cinq ans en ce qui concernait le payement des arrérages, pour éviter que leur accumulation ne fît la ruine du débiteur. — Toutes ces dispositions, d'un usage quotidien, furent expliquées d'une façon claire et complète dans l'ouvrage de Pothier.

Quant au contrat de *change*, c'est aussi une espèce de vente. Le change *manuel ou réel*, consistant à donner des espèces pour d'autres, n'offre pas de difficultés sérieuses. Il en est autrement du change *local ou mercantile :* c'est ce contrat par lequel, en échange d'une valeur qui m'est donnée ou promise en un certain lieu, je m'engage à faire payer une somme dans un autre lieu. Ce contrat, si utile aux transactions entre négociants, avait été étudié dans les anciens ouvrages de droit commercial, et en particulier dans l'excellent traité de Dupuy de la Serra. Pothier condensa tout ce qui avait été dit par ses devanciers, et y apporta l'exactitude et la lucidité de son esprit. Son traité est encore aujourd'hui le meilleur ouvrage élémentaire qu'on puisse consulter pour bien comprendre le mécanisme du contrat de change et de la lettre de change qui en est l'instrument.

32. En 1764, Pothier publia le traité du *Louage*. Dans cette matière délicate, où une multitude de questions d'un intérêt quotidien, mais modique, semblent rebuter le jurisconsulte habitué à des théories générales, Pothier apporta un soin plus minutieux que jamais ; il ne crut pas que rien d'utile fût au-dessous de la dignité de la science. Règles des baux ruraux et des baux à loyer, obligations, grandes et petites, du bailleur et du preneur, principes du louage d'ouvrage, des devis et marchés, il examina tout avec le même scrupule.

Son travail fut complété l'année suivante (1765) par un traité du *Louage maritime* (charte-partie ou affrétement). Ce sujet était réglé par plusieurs dispositions de l'ordonnance de

1681 sur la marine, dont un commentaire resté célèbre avait été fait par le jurisconsulte Valin, de La Rochelle. Dans cette matière, hérissée de détails techniques, régie la plupart du temps par les usages variables des places maritimes, le jurisconsulte d'Orléans, qui n'avait vu la mer qu'une fois en sa vie, ne devait-il pas être bien dépaysé? Il lut tout ce qui avait été écrit sur la matière ; il l'apprécia avec son sens droit ; il s'informa près des jurisconsultes et des praticiens des ports de mer, s'enquit des usages, se réforma d'après les avis qui lui furent fournis ; et enfin, son traité fut tel, qu'il fit autorité auprès de ceux de Valin et des autres.

Mais il revint bientôt à une matière plus terrestre, en traitant du *Bail à rente foncière*. Le bail à rente foncière était tout autre chose que la constitution de rente à prix d'argent : c'était le contrat par lequel une personne concédait la jouissance et propriété perpétuelle d'un immeuble, sous la réserve d'une rente qui devait lui être payée annuellement et à perpétuité. Cette rente représentait le *domaine direct* retenu par le bailleur ; aussi avait-elle la nature immobilière et le caractère de droit réel affectant la chose elle-même ; le preneur, investi du *domaine utile*, ne pouvait se libérer de la rente par un rachat quelconque, mais seulement par le déguerpissement de l'immeuble. Ce contrat avait quelque analogie avec le bail emphytéotique, dont il tirait peut-être son origine ; c'était donc une sorte de louage ; cependant il différait du louage ordinaire par la perpétuité du droit conféré au preneur, par le caractère réel de ce droit, et par la faculté de déguerpissement. On pouvait également le rapprocher de la vente. Mais ce contrat avait aussi un caractère propre : il constituait une de ces demi-aliénations, si chères à l'ancien droit, parce qu'elles n'enlevaient pas la propriété pleine et entière à son précédent possesseur ; et il constituait un obstacle à la circulation de la fortune immobilière. La rente foncière et ses similaires, bail à champart, bail à locatairie perpétuelle, étaient très-usités ; et il n'y avait guère de propriétés qui ne fussent plus ou moins grevées de ces rentes ou redevances irrachetables. Les lois de la Révolution et le Code civil ont complétement changé la nature de la rente ; ils l'ont mobilisée, lui ont enlevé son caractère réel pour en faire une simple créance ; ils ont détruit la faculté de déguerpissement, et ont

établi pour tous les cas la possibilité du rachat; ils l'ont donc rapprochée de la rente constituée à prix d'argent, et lui ont enlevé ce qui en faisait une entrave au commerce des biens.

33. Presque aussitôt après les traités relatifs au louage, Pothier fit paraître le traité du *Contrat de société* et celui des *Cheptels*.

Le contrat de société, qui est de nos jours un si puissant instrument pour les grandes entreprises commerciales et industrielles, était loin d'avoir une aussi grande importance à l'époque de Pothier. Il s'appliquait à des besoins limités et n'avait point revêtu ces formes qui permettent de lui donner une extension considérable en y appelant de toutes parts les capitaux. La société en commandite était pour ainsi dire à l'état rudimentaire : on ne connaissait que la commandite simple, dans laquelle une ou quelques personnes confiaient leurs fonds à un négociant pour les faire valoir et leur faire part des bénéfices à des époques déterminées; mais l'éloignement qu'on affectait pour le négoce rendait encore ces sociétés assez rares. A plus forte raison la société anonyme était-elle inconnue ; il n'existait en ce genre qu'une seule compagnie, la Compagnie des Indes, qui avait un privilége exclusif. Le nom même de *société anonyme* était inconnu dans le sens qu'il a aujourd'hui; on l'appliquait à ce qui constitue maintenant la société en participation.

Le contrat de société était régi par les principes du droit romain, et ces principes suffisaient aux rapports peu compliqués qui en résultaient. Les sociétés ne constituaient pas, comme aujourd'hui, une personne juridique à l'égard des tiers, et la question n'est pas même agitée dans l'ouvrage de Pothier. Aussi examine-t-il successivement les engagements des associés entre eux et vis-à-vis des tiers, sans s'occuper du conflit de ces divers engagements, et de ceux qui ont pu être contractés par les associés vis-à-vis de leurs créanciers personnels. Mais, dans la sphère restreinte où se maintient Pothier, ses solutions, empreintes de la plus pure équité et inspirées des besoins de la pratique d'alors, reproduisent ou corrigent avec discernement les solutions du droit romain, et elles forment la partie la plus solide de la législation moderne; car si les proportions de la société ont changé, les règles de justice qui la gouvernent sont restées les mêmes ; les questions se sont multipliées, les rap-

ports de fait ont changé et ont amené des transformations dans les dispositions législatives; mais l'esprit de la loi est toujours celui qui inspirait Pothier. C'est encore à lui qu'il faut s'adresser pour connaître les éléments, les règles primordiales, et c'est seulement après s'en être pénétré qu'on peut aborder les complications de la jurisprudence moderne.

Au traité du contrat de société étaient joints deux appendices : le premier traitait du *Quasi-contrat de communauté*. Il fixait les règles de l'indivision et celles de la mitoyenneté ; cette dernière partie a été presque complétement reproduite par le Code civil. — Le second appendice avait également un objet très-pratique : il était relatif au *Voisinage*. Là se trouvaient examinées les questions de l'intérêt le plus journalier : le bornage, les plantations et les constructions près des propriétés voisines. Sur cette dernière matière, il y avait une foule de dispositions locales fort différentes entre elles, soit quant à la distance à observer pour les plantations, soit quant aux travaux qu'on peut faire près du terrain voisin. La loi moderne elle-même n'a pu sur ces points faire cesser la diversité; et elle s'en est référée aux usages locaux (art. 671, 674 C. N.); néanmoins, s'il y a des variations sur des questions de détail, il y a au-dessus de ces variations des principes susceptibles d'être ramenés à une formule uniforme, et qui gouvernent tous les statuts locaux. Pothier s'occupa de les dégager et de les soumettre aux lois générales des obligations.

Le traité des *Cheptels* était le complément à la fois du traité du louage et du traité de la société. Car le contrat de cheptel, très-important pour l'exploitation agricole, participe à la fois du louage et de la société. Il n'en est pas dont les règles aient besoin d'être fixées avec plus de soin, soit à cause de son fréquent usage, soit même à cause de la modicité des objets auxquels il s'applique souvent et de la situation peu aisée de ceux qui le pratiquent ; car il faut éviter d'autant plus les occasions de difficultés dans une semblable matière, et on doit honorer le jurisconsulte qui ne dédaigne pas d'en éclairer les plus petits détails.

34. L'année 1776 vit paraître plusieurs petits traités de Pothier sur les *Contrats de bienfaisance*, et un ouvrage plus important sur le *Mandat*.

Sous le titre de contrats de bienfaisance, il traitait du *Prêt à*

usage; — du *Précaire* ; — du *Prêt de consomption* et de l'*Usure;* — du *Quasi-contrat* PROMUTUUM et de la CONDICTIO INDEBITI ; du *Contrat de dépôt.*

Le plus intéressant de ces ouvrages est celui qui est relatif à l'usure. Sous le nom d'*usure*, l'ancien droit proscrivait toute espèce de prêt à intérêt : il obéissait aux inspirations d'une tradition religieuse constante, en même temps qu'à de fausses idées sur la nature même de l'argent. Pothier ne faisait point exception parmi les jurisconsultes de son temps ; au contraire, une fois que le principe de la prohibition de l'usure était à ses yeux consacré par l'autorité de la religion et de la justice naturelle, il en suivait les conséquences jusqu'au bout. Son âme droite et pieuse ne pouvait admettre aucune des capitulations par lesquelles quelques-uns cherchaient à éluder ou à restreindre la prohibition.

Il présente dans son traité trois ordres d'arguments contre l'usure :

1° Il y a injustice, dit-il, toutes les fois qu'une partie donne ou s'engage à donner plus qu'elle ne reçoit : or tel serait le but de l'usure. C'est là, en définitive, la reproduction de l'argument d'Aristote, savoir, que l'argent est de sa nature improductif, et que par conséquent on n'en saurait faire payer le simple usage. Cette raison, adoptée avec empressement par la théologie du moyen âge, dont elle appuyait le système, n'a pour nous aucune valeur. L'argent est une marchandise avec laquelle on peut faire des échanges, se procurer des choses utiles, se créer des bénéfices : son usage est donc susceptible de loyer. Il est probable que cette vérité eût été reconnue par nos anciens auteurs, s'ils n'avaient été liés par des arguments d'une autre espèce.

2° La seconde classe d'arguments invoqués par Pothier se trouve en effet dans l'Ecriture sainte et les canons des conciles. Le concile de Nicée (canon 17) avait considéré le prêt fait par les ecclésiastiques comme empreint du péché d'avarice. Plus général dans ses dispositions, le concile de Northumberland, en 787, avait dit (canon 37) : *Usuras prohibemus, dicente Domino ad David, dignum fore habitatorem tabernaculi sui qui pecunias suas non dedisset ad usuram.* — Plusieurs conciles avaient reproduit ces dispositions, et la doctrine des Pères de l'Eglise était unanime à les appuyer. Il y avait donc là un véritable

article de foi, et la législation civile n'avait qu'à y prêter sa sanction.

3° Plusieurs ordonnances avaient prohibé l'usure ou prêt à intérêt, entre autres la déclaration de Poissy, de Philippe le Bel (8 décembre 1312), et l'ordonnance de Blois qui disait (art. 202) : « Faisons défense à toutes personnes, de quelque sexe ou condition qu'elles soient, d'exercer aucunes usures, prêt de deniers à profits ou intérêts, encore que ce fût sous prétexte de commerce public. »

Tels étaient les arguments que fournissait Pothier. Y avait-il une exception pour les prêts de commerce? Certains auteurs avaient voulu justifier cette exception, en distinguant entre l'*usage de consommation* et l'*usage d'accroissement* qu'on pouvait donner à l'argent ; l'usage d'accroissement, consistant à faire des bénéfices dans le commerce, aurait seul justifié la stipulation des intérêts ; et il aurait fallu restreindre la prohibition de la loi aux prêts faits aux pauvres. Pothier n'avait pas de peine à répondre que la distinction serait impossible dans la pratique, qu'elle n'existait pas dans les lois ecclésiastiques et civiles, et qu'en définitive prêter à intérêt, c'était, dans un cas comme dans l'autre, vouloir recevoir plus qu'on ne donnait.

Il y avait pourtant une vue économique très-juste dans l'opinion contraire ; et en réalité elle eût péché par les restrictions qu'elle s'imposait, plutôt que par l'innovation elle-même. Mais pour faire admettre la légitimité du prêt à intérêt, il fallait détruire des idées qui pour Pothier étaient des vérités immuables : il fallait les efforts des économistes et une révolution dans les esprits. Aujourd'hui la question est débarrassée de l'élément théologique ; on se trouve en présence des seules considérations économiques, et il ne s'agit plus de savoir si le prêt à intérêt est en soi légitime, mais seulement s'il convient de fixer un maximum légal pour l'intérêt. La liberté des conventions doit-elle céder devant la crainte des abus? L'expérience d'une loi nouvelle ne tardera pas sans doute à résoudre la question.

Le traité du *Contrat de mandat* ramenait Pothier à la tradition du droit romain, et en même temps à un ordre d'idées encore aujourd'hui applicables. Après le mandat, Pothier étudiait accessoirement : le *Quasi-contrat* NEGOTIORUM GESTORUM ; — le *Contrat d'assurance* (qui alors était seulement connu en matière

maritime) ; — le *Prêt à la grosse aventure* (ce prêt, admis même par notre ancien droit, comportait des intérêts, en échange du risque couru par le prêteur) ; — et enfin le *Contrat de jeu*. Pothier admettait que le jeu pouvait être juste à condition : 1° que chacun eût droit de disposer de ce qu'il jouait ; 2° que le consentement fût libre et parfait ; 3° qu'il y eût égalité dans la partie ; 4° qu'il y eût *fidélité* (loyauté). Malgré les dispositions des ordonnances qui prohibaient un grand nombre de jeux, il établissait que celui qui a perdu même aux jeux défendus est obligé dans le for de la conscience à payer ; et que celui qui a gagné et reçu l'enjeu n'est pas tenu à restituer, si du reste le jeu a eu lieu dans les conditions ci-dessus indiquées. (V. art. 1965, 1967 C. N.)

35. Pothier donna en 1768 son ouvrage sur le *Contrat de mariage*, avec un traité sur la *Puissance du mari*. Ce traité sur le contrat de mariage, dont le sujet correspond dans notre code au titre *Du mariage*, est un des plus importants, à raison à la fois de la matière et des principes que l'auteur met en avant. Là nous voyons Pothier revendiquer pour le droit civil une matière qu'on s'était habitué à réserver pour les canonistes. Il eut d'autant plus de mérite à proclamer avec fermeté l'autorité du droit civil en cette matière, qu'il était plus profondément soumis à la puissance religieuse. Pieusement attaché aux traditions de l'Eglise, mais de l'Eglise gallicane, élevé à la fois dans l'étude du droit et dans celle de la théologie, il fit sur le mariage un traité *juridique* comme on n'en avait pas encore vu sur la matière ; il le rattacha d'une façon étroite aux institutions civiles, en établissant à côté du droit de l'Eglise le droit de la puissance séculière : c'était un pas vers l'avenir, en même temps qu'un retour à des principes dès longtemps oubliés.

Le droit romain, dans son dernier état du moins, n'avait envisagé le mariage que comme un contrat purement civil ; et l'abus de cette manière de voir avait jeté dans l'union conjugale elle-même des germes de corruption et d'avilissement. La dignité du mariage avait disparu devant cette absence de toute solennité religieuse et de toute grandeur des principes moraux. Le mariage n'était plus qu'un contrat consensuel, qu'une sorte de société *ad procreandos liberos*, qui, comme les sociétés ordinaires, se dissolvait par la renonciation d'une seule des parties.

On avait mis en oubli cette belle définition des anciens jurisconsultes : *Viri et mulieris conjunctio, individuam vitæ consuetudinens continens ;* définition qui, sans en consacrer formellement l'indissolubilité, établissait au moins la noblesse du lien conjugal, et protestait contre les désordres d'un siècle dégénéré.

En présence de ces abus et de cette dépravation, le christianisme avait une grande œuvre à accomplir : restaurer la dignité du mariage, rétablir dans les faits cette union indivisible autrefois proclamée par le droit, et ramener avec elle l'indissolubilité du lien conjugal. Cette œuvre, la religion nouvelle l'accomplit : le mariage élevé à la dignité de sacrement, les peines spirituelles prononcées contre le divorce, l'exemple des plus respectables chefs de l'Eglise, rendirent le mariage véritablement indissoluble.

La législation des empereurs chrétiens suivit la marche des mœurs : de l'ordre spirituel, les peines contre le divorce passèrent dans l'ordre civil. Cependant, le mariage restait toujours un contrat civil, en même temps qu'un sacrement : les deux choses se distinguaient encore parfaitement, et la puissance impériale, s'assimilant les lois de l'Eglise, ne les subissait pas. Aussi la législation civile refusa-t-elle longtemps d'admettre certains empêchements de l'ordre religieux, qui exposaient aux censures ecclésiastiques, mais non à une nullité légale ; les Pères de l'Eglise eux-mêmes reconnaissaient de tels mariages pour très-valables, bien que privés des grâces spirituelles.

Mais peu à peu l'influence de l'Eglise augmenta et changea de nature : le caractère de sacrement dans le mariage devint de plus en plus exclusif ; la législation civile abdiqua pour ainsi dire, et les décrets des conciles devinrent les lois qui régirent le mariage ; la puissance séculière elle-même y donna son consentement et se déclara incompétente.

Tel fut le droit du moyen âge. La juridiction civile avait cependant conservé un moyen d'influence sur les matières relatives au mariage : ne pouvant connaître du lien en lui-même, appréciable seulement par les juges ecclésiastiques, elle devait en juger les effets, et régler les rapports civils qui en résultaient. La puissance séculière usa souvent de ce moyen indirect de rentrer dans son domaine. Au commencement de l'ère moderne, les rois de France particulièrement manifestèrent leur intervention d'une façon plus active : ils établirent, au moins tacitement,

que la puissance séculière avait qualité pour introduire des empêchements et des formalités relativement au mariage, et que les mariages contractés au mépris de leurs ordonnances pouvaient bien être valables quant au sacrement, mais non produire les effets civils. Cette prétention fut acceptée par beaucoup de théologiens ; mais elle resta contestée par les canonistes ultramontains, qui refusaient de voir un contrat civil indépendant du sacrement.

Le principe proclamé dans les ordonnances des rois de France était plus implicite qu'exprès ; c'était un de ces points dangereux sur lesquels on n'aimait pas à poser nettement les controverses ; même parmi ces jurisconsultes du seizième siècle, si hardis parfois contre l'Eglise, on n'en trouve guère qui aient rattaché dogmatiquement le mariage au droit civil. On aimait mieux laisser dans l'ombre ces questions délicates ; et on se reposait sur la bonne harmonie de l'Eglise et du pouvoir royal pour maintenir les principes dans l'indécision et éviter les conflits dans l'application. Il y avait des ordonnances, des arrêts de parlements, mais point de traités doctrinaux : dans des traités, il eût fallu mettre les principes en lumière, en tirer les dernières conséquences, toutes choses dont les ordonnances et les arrêts pouvaient se dispenser. A peine dans les ouvrages généraux (Domat, Bourjon, etc.) rapportait-on les principales règles, avec les arrêts sur quelques questions remarquables.

L'essence même du droit avait par suite quelque incertitude ; l'usage, qui devait suppléer aux lois, n'avait pas son expression scientifique. Il fallait donc un traité spécial, œuvre d'une certaine hardiesse, pour bien fixer les premiers éléments du sujet, préciser les questions fondamentales, indiquer les limites de la puissance séculière et de la puissance ecclésiastique. La place était restée abandonnée aux théologiens, dont quelques-uns avaient consenti à admettre le droit civil comme un auxiliaire secondaire ; on n'avait pas encore osé renverser les rôles, mettre le droit civil au premier plan avec le droit canonique pour auxiliaire.

Un fait immense pourtant s'était produit, bien propre à faire ressortir la profonde distinction des deux caractères du mariage, et même à nécessiter une législation toute nouvelle, complétement indépendante des idées d'une religion exclusive. C'était

l'apparition du protestantisme en France au seizième siècle, et sa reconnaissance officielle, d'abord par les divers édits de pacification et enfin par l'édit de Nantes. L'intervention du protestantisme, à un moment où la puissance et les prétentions de l'Eglise étaient à leur apogée, avait placé la puissance législative dans une alternative singulière : ou il fallait exclure les protestants de toute participation aux droits les plus naturels, en leur refusant le mariage, ou il fallait faire de cet acte un contrat purement civil. La question n'avait pas reçu de solution précise ; mais elle avait jeté dans le droit des controverses intéressantes, sur l'influence du changement de religion sur le mariage, sur le caractère de l'empêchement qui résultait de l'engagement dans les ordres, etc. En fait, et surtout depuis la révocation de l'édit de Nantes, ces questions avaient été résolues dans le sens le moins libéral. Mais il avait fallu envisager un nouvel ordre d'idées, et reconnaître la part d'influence de l'autorité séculière en matière de mariage.

Pothier lui-même, dans le cours de son ouvrage, montre pour les solutions particulières une timidité souvent excessive. Mais, au moins, il commence par développer avec fermeté les idées qui donnent à la puissance civile une action sur le mariage. Par un historique impartial, il démontre le caractère primitif de ce contrat, reconnu par l'Eglise elle-même ; et il réfute les prétentions des auteurs ultramontains, et en particulier du cardinal Bellarmin, en faveur de la suprématie exclusive de l'autorité ecclésiastique :

« Si le mariage, dit-il (n° 15), est sacrement, et, sous ce respect, du ressort de la puissance ecclésiastique, il est aussi contrat civil, et comme contrat civil, il appartient à l'ordre politique et il est en conséquence sujet aux lois de la puissance séculière. La qualité de sacrement, qui survient à ce contrat, mais qui en suppose la préexistence, ne soustrait pas ce contrat aux droits qu'a la puissance séculière de régler les contrats et tout ce qui est de l'ordre politique ; car Jésus-Christ, en instituant les sacrements et en publiant son Evangile, n'a pas entendu diminuer ni altérer en rien les droits de cette puissance séculière, qu'il a déclarée être établie de Dieu, et à laquelle il a voulu lui-même être soumis en tant qu'homme, pendant tout le temps qu'il a été sur la terre.

« D'ailleurs la loi civile, en déclarant nul un contrat de mariage fait contre sa disposition, ne touche point au sacrement de mariage, puisque le contrat de mariage qu'elle rend nul n'est pas sacrement; elle empêche seulement, en le déclarant nul, qu'il ne puisse être la matière du sacrement de mariage.... Un mariage que la loi civile défend et qu'elle déclare nul ne peut passer que pour un commerce illégitime et criminel; et on ne peut prétendre, sans une espèce d'impiété, que Jésus-Christ ait voulu élever à la dignité de sacrement un tel commerce et en faire le type et l'image de son union avec l'Eglise. »

N'est-ce pas là une transition entre les idées anciennes et celles de notre droit moderne ? Ne peut-on pas y trouver en même temps la plus juste conciliation entre les idées religieuses de chacun et la liberté garantie à tous par notre législation ? La loi civile ne peut s'attacher qu'au contrat civil, dont elle règle l'essence et les effets.

36. Pour clore la matière des obligations, Pothier s'occupa des conséquences pécuniaires du mariage : il fit paraître en 1769 son *Traité de la Communauté*.

Déjà, dans le traité du *Contrat de mariage*, Pothier n'avait plus trouvé pour le guider à chaque pas, comme dans les ouvrages précédents, les règles du droit romain ; il avait dû recourir au droit canonique et aux ordonnances, dont les dispositions étaient d'un classement et d'une analyse bien plus difficiles. Pour le traité *de la Communauté*, le droit romain lui faisait encore défaut : il entrait en plein droit coutumier.

Cette belle institution de la communauté est propre à la France; elle a pris naissance chez nous, et, quelques faibles analogies qu'on rencontre dans les législations antérieures, nous pouvons la revendiquer comme une création nationale. Nous avons peu de parties de notre droit qu'on ne puisse rattacher directement à des législations précédentes ; on manque parmi nous de cet esprit d'égoïsme éclairé et toujours tendu vers la recherche du tien et du mien, qui perfectionne les inventions juridiques ; nous avons accepté nos lois toutes faites de divers côtés. La communauté fait exception : il appartenait à l'esprit de dévouement et de sympathie qui distingue le caractère français de faire naître (et tout d'abord chez les faibles, parmi les classes inférieures) ces associations dans le malheur comme

dans la prospérité, qui transportent dans l'ordre pécuniaire l'alliance morale des époux et unissent leurs intérêts comme leurs personnes.

Mais cette institution de la communauté avait dans notre ancien droit tous les inconvénients des créations spontanées : elle manquait de fixité et d'uniformité. Née au moyen âge des associations *taisibles* ou tacites, elle avait d'abord attribué un trop grand pouvoir au mari et sacrifié les intérêts de la femme ; ces inconvénients étaient devenus plus sensibles avec le développement de la richesse et des transactions civiles. De là diverses règles établies dans les Coutumes sur la composition de la communauté, sur les remplois et récompenses dus à la femme, sur son droit de renonciation, sur le règlement des dettes communes. Il y avait naturellement des divergences dans la législation et dans la jurisprudence.

Pothier prit son sujet d'un point de vue général et qui dominait toutes les divergences particulières. Il envisagea la communauté dans son essence, en tant qu'association pouvant comprendre tantôt plus, tantôt moins ; la considérant d'abord à sa naissance, il en suivit les développements et les transformations. Dans chaque circonstance, son ouvrage formule les règles générales, leurs corollaires, leurs exceptions. En le lisant, on assiste en quelque sorte à l'évolution régulière d'une communauté ; et cet ordre naturel nous fait marcher pas à pas de principe en conséquence : nous avons un tableau d'une unité et d'une simplicité admirables, qui peut s'embrasser d'un coup d'œil.

La première partie est consacrée à la composition même de la communauté, soit légale, soit conventionnelle ; là se placent presque toutes les différences que les statuts locaux ou les conventions peuvent introduire dans la communauté ; elles sont subordonnées au plan général de l'ouvrage. Après la composition de la communauté, la seconde partie nous indique les droits des conjoints sur la communauté : la femme n'a en quelque sorte qu'un droit virtuel, destiné à se réaliser au jour de la dissolution ; le mari, au contraire, est seigneur et maître de la communauté ; il peut en obliger les biens, les dissiper, les aliéner à titre onéreux ou gratuit, sauf le cas de fraude : ce pouvoir excessif a été un peu restreint par le Code civil (art. 1421 et suiv.).

Dans la troisième partie, Pothier traite de la dissolution de la communauté ; de l'acceptation de la femme ou de ses héritiers, ou de leur renonciation à la communauté ; dans la quatrième, de la liquidation et du partage qui sont à faire après la dissolution de la communauté. La cinquième partie nous apprend comment le mari et la femme sont tenus (soit entre eux, soit vis-à vis des créanciers) des dettes de la communauté après la dissolution. La sixième est relative à la continuation de communauté. On sait que, dans notre ancien droit, si l'époux survivant négligeait de faire inventaire, la communauté se continuait de plein droit entre lui et les héritiers du prédécédé, pour éviter qu'il ne pût profiter de l'absence d'inventaire en confondant les biens communs dans son patrimoine. Mais cette communauté continuée avait souvent des inconvénients, surtout si l'époux survivant se remariait, ou si l'un des héritiers du prédécédé se mariait de son côté : une nouvelle communauté se greffait alors sur la précédente, et la liquidation était fort compliquée. Pothier étudie avec soin cette continuation de communauté *composée* ou *tripartite*, que le Code Napoléon a supprimée, en accordant de nouvelles garanties contre les fraudes de l'époux survivant (art. 1442).

Ce traité *de la Communauté*, bien supérieur à celui de Lebrun, par la méthode, la mesure et la clarté, a été le guide constant des rédacteurs du Code Napoléon, et c'est encore aujourd hui l'ouvrage qu'on peut lire avec le plus de fruit sur la matière.

37. Nous avons parcouru cette longue série d'ouvrages, presque entièrement consacrée au droit des conventions, et qui forme en quelque sorte une encyclopédie de la matière. C'est la partie la plus brillante de l'œuvre de Pothier, et celle qui a le mieux assuré sa gloire en même temps que son influence. Les œuvres suivantes, que nous apprécierons aussi, sont relatives dans une plus forte proportion à des règles de droit purement positif, aux successions, aux donations permises ou prohibées, aux testaments, aux douaires, aux droits d'usage, aux servitudes, aux fiefs, etc. Elles ne présentent pas le même caractère d'originalité par rapport aux travaux des autres jurisconsultes.

Mais, dans cette première série, Pothier a véritablement étendu le domaine du droit ; il y a introduit des matières négligées par les jurisconsultes, et même des théories qui semblaient aban-

données jusqu'à un certain point aux casuistes et aux théologiens. Si cette tendance se manifeste surtout dans le traité du contrat de mariage, elle perce dans toute la théorie des obligations.

Comme nous l'avons déjà indiqué, les jurisconsultes français avaient trop négligé le sujet des obligations ; les règles en paraissaient si simples et si bien gravées dans la conscience de chacun qu'il semblait indigne d'un jurisconsulte de consacrer ses veilles à les développer. On avait traité seulement quelques parties qui, échappant par la nature même des choses à la volonté des parties, étaient plus susceptibles de règles positives : telles étaient l'indivisibilité (Dumoulin, *Extricatio labyrinthi*), la preuve (Boiceau, etc.) ; ces sujets avaient été l'objet de traités spéciaux. Quant à la volonté même des parties, le consentement, ses conditions essentielles, ses vices, les différentes formes sous lesquelles il peut produire des obligations, tout cela était sans doute considéré comme une chose aussi variable que l'homme même, et négligé par les jurisconsultes.

38. Mais cette matière des obligations avait ses principes dans la conscience ; aussi les casuistes s'en étaient emparés ; ils avaient tracé pour le for intérieur un ensemble de règles complexes et délicates, qui formaient comme une législation morale à côté de la législation positive. De là, quelquefois, leur ambition s'étendait plus loin, et ils s'occupaient des lois du for extérieur.

Ils avaient abordé particulièrement cette fameuse question de l'usure et du prêt à intérêt. Enchaînés par la tradition et par cette fausse idée que l'argent n'est point productif, ils n'avaient pu faire faire à la question principale de grands progrès. Mais renfermés dans leur cercle étroit, ils en avaient sondé tous les environs ; ils avaient exploré tous les contrats où se rencontrent ces questions de jouissance, de revenu, de profit à tirer d'une mise originaire : la société, le louage, le cheptel, le bail à rente ; ils en avaient fait une étude subtile, approfondie, souvent entachée d'idées fausses, mais complète ; il est peu de questions tranchées ou soulevées par notre Code à propos de ces contrats qui n'aient été résolues théologiquement par quelque casuiste.

Les contrats leur semblaient donc particulièrement réservés ;

et les traitant du point de vue le plus haut qu'on se puisse proposer, celui d'une loi divine, ils semblaient devoir y conserver une suprématie incontestée. Cependant Pothier, pénétré de cette pensée de Domat que « les lois de l'homme ne sont autre chose que les règles de sa conduite, » vint apporter dans ces sujets les lumières juridiques; imbu des préceptes du droit romain, il en tempéra seulement la subtilité par l'équité naturelle.

Son point de vue n'était plus aussi exclusif que celui des théologiens ; il n'était plus seulement le juge de la conscience, mais des actes et des obligations civiles. Il inscrivait dans le titre même de son ouvrage la distinction entre les obligations du for intérieur et celles du for extérieur, distinction très-atténuée dans toute bonne législation, mais utile cependant à maintenir (car elle a son origine dans la morale elle-même, qui reconnaît des devoirs *parfaits*, en ce sens qu'un droit y correspond pour autrui, et des devoirs *imparfaits*, auxquels ne correspond aucun droit corrélatif).

Pothier se trouvait ainsi placé sur le terrain même des casuistes. Eh bien, qu'est-il arrivé ? Est-ce leur œuvre ou la sienne qui a survécu ? est-ce l'œuvre qui semblait puisée aux sources mêmes de la religion, ou au contraire celle qui ressuscitait et éclairait la sagesse profane des jurisconsultes romains ? Quelle est celle qui a mérité d'être comparée à l'immortel traité *des Devoirs ?* C'est l'œuvre de Pothier, l'œuvre du jurisconsulte, et non celle des théologiens.

A quoi tient la différence? On en peut indiquer deux causes, qui sont la conséquence l'une de l'autre. Premièrement, les casuistes avaient voulu s'immiscer dans les règles du for extérieur, et confondre absolument le domaine du droit avec celui de la conscience. En second lieu, cette immixtion les avait souvent amenés, pour se mettre d'accord avec la pratique des choses, à des capitulations indignes de la religion. Pothier, au contraire, en maintenant fermement la distinction du for intérieur et du for extérieur, voyait plus nettement les choses, et était dispensé de recourir à des équivoques aussi indignes du droit que de la théologie. Souvent même il fut conduit à rendre la loi plus sévère que certains théologiens n'avaient voulu faire la conscience.

Ainsi, tandis que, supprimant la division entre les obligations

du for extérieur et celles du for intérieur, qui n'est autre que celle des devoirs parfaits et imparfaits, ces théologiens osaient autoriser celui envers qui un autre était tenu d'une simple obligation de conscience, à se faire justice lui-même en le dépouillant, Pothier repoussait cette doctrine contraire à toute société : « Les obligations imparfaites, dit-il (*Traité des Obligations*), ne donnent aucun droit à personne d'en exiger l'accomplissement. »

Tandis qu'ils permettaient, au point de vue de la conscience, les restrictions mentales, Pothier défendait comme dol « tout artifice qui blesse ouvertement la bonne foi. » (*Traité des Obligations.*)

Tandis que, pour échapper à la prohibition de l'usure, ils permettaient le *mohatra* et la combinaison des trois contrats, Pothier les réprouve aussi formellement que l'usure directe, « puisque l'usurier, dit-il, ajoute au péché de l'usure celui du mensonge et de l'hypocrisie. » (*Du prêt de consommation*, n° 90). Ailleurs (*Vente*, n° 30), il parle encore de ces contrats ; et son style, ordinairement onctueux et simple, se relève pour prendre quelque chose de l'âpreté janséniste de Pascal. « Si ces contrats, dit-il, sont réprouvés et réputés un prêt usuraire dans le for extérieur, ils ne doivent pas moins être jugés tels dans le for de la conscience ; la *direction d'intention* que vous vous êtes faite de ne pas vouloir me prêter à intérêt la somme d'argent dont j'avais besoin, mais de vouloir me vendre une chose à crédit, et la racheter de moi pour une somme moindre que celle pour laquelle vous me l'auriez vendue, est une pure illusion de la cupidité qui peut nous tromper, mais qui ne peut tromper Dieu qui sonde le fond des cœurs, et qui ne juge pas des volontés par ce que vous vous êtes faussement imaginé vouloir, mais par ce que vous avez réellement voulu dans le secret de votre cœur... *Deus non irridetur.* »

D'autres fois, au contraire, les théologiens péchaient par un excès de rigueur, qu'ils voulaient appliquer même au for extérieur. C'est ici que l'âme honnête et l'esprit droit de Pothier savaient trouver l'exact milieu où se tient la justice. Il ne le faisait pas sans scrupule, ni sans rendre hommage aux intentions de ceux qu'il combattait. Mais il apportait lui-même une telle sincérité dans chaque solution, que son avis est toujours le plus satisfaisant pour la conscience.

D'ailleurs, bien que n'acceptant exclusivement l'autorité d'aucun maître, il était toujours prêt à consulter ses devanciers ou ses contemporains, et jamais il ne se heurtait à l'écueil des nouveautés périlleuses.

Voilà par quelles qualités Pothier a surtout mérité de servir de modèle à notre législation moderne, à ce Code civil imité par toute l'Europe : le développement du droit dans les obligations, ce domaine de l'activité et de la responsabilité humaines, l'établissement d'un système plus parfait encore que celui du droit romain, des solutions animées par un esprit de justice et d'honnêteté, la recherche impartiale du vrai. Nous avons vu quelle variété de sujets Pothier a épuisée dans la première partie de sa laborieuse carrière. Quels sont les caractères généraux de sa méthode ? quels sont les procédés de son exposition ? Telle est la question que nous allons maintenant toucher.

CHAPITRE V.

LES TRAVAUX DE POTHIER. — SA MÉTHODE. — SES DERNIERS OUVRAGES.

39. Esprit net et généralisateur de Pothier.
40. Juste proportion de ses ouvrages.
41. Sa bonne foi, son sens droit dans les discussions. Qualités de son style.
42. Quelques points faibles des ouvrages de Pothier.
43. Comparaison de Pothier avec les auteurs qui ont traité les mêmes sujets que lui.
44. Ouvrages publiés par Pothier jusqu'à sa mort.
45. Ses ouvrages posthumes.
46. Pothier professeur.

39. Pothier, nous l'avons dit, abordait un sujet nouveau dans son ensemble; il avait donc besoin d'une généralisation systématique et d'une claire distribution de la matière. En même temps qu'une certaine hardiesse dans la conception de son plan, il lui fallait dans les détails un sévère attachement aux principes consacrés. Le *Traité des Obligations* montra toutes ces qualités réunies dans le plan dont nous avons présenté une faible analyse.

Le droit romain lui-même n'avait pas formé un ensemble

aussi harmonieux. Dans les Institutes de Gaïus et dans celles de Justinien, la partie générale des obligations est à peine indiquée et fait place presque aussitôt à l'étude particulière des différentes espèces de contrats. Une partie importante des principes fondamentaux est renvoyée par Justinien au titre *De inutilibus stipulationibus*, et il faut y chercher la plupart des règles communes à tous les contrats sur les cas de nullité, sur les modalités diverses des obligations. De même, c'est au titre *De actionibus* seulement qu'on trouve les différents effets des contrats, selon qu'ils produisent des actions de bonne foi ou de droit strict; la théorie du dol et de la violence est également rejetée parmi les détails de la procédure, au titre *De exceptionibus*. Enfin les Institutes ne fournissent aucun développement sur les règles si importantes de la preuve. Dans le Digeste, les différentes parties de la théorie des obligations sont isolées d'une façon aussi arbitraire, et le désordre des textes insérés dans chaque titre ne fait qu'augmenter la confusion.

Le droit romain offrait donc à Pothier un modèle d'ordonnance assez défectueux. Mais la difficulté d'en tirer parti était doublée par le changement de la législation. Tandis que dans le droit romain la validité des contrats par le seul consentement était l'exception, dans le droit français elle était devenue la règle; et un changement aussi radical rendait inapplicables bien des décisions particulières. En pareille circonstance, il fallait abandonner le droit romain, à moins d'employer la dangereuse méthode de Dumoulin et de torturer les textes pour leur faire exprimer des idées toutes nouvelles.

Tous ces obstacles ne rebutèrent pas Pothier. Le travail de coordination qu'il avait fait sur les Pandectes de Justinien lui facilita la conception d'une généralisation plus élevée, empreinte de plus de discernement et d'originalité.

Cependant le sentiment de l'unité ne l'emporta pas au delà de cette juste mesure après laquelle la généralisation devient une véritable gêne. Dans certains ouvrages dogmatiques, et en particulier dans ceux de la science allemande, on trouve parfois des plans conçus et développés avec une tension pénible, dont la fatigue se communique au lecteur. L'inconvénient est d'autant plus sensible qu'on ne suit pas un texte connu d'avance, mais des divisions abstraites et une terminologie qu'il faut à chaque

instant fixer et expliquer. Si on prend, par exemple, le célèbre *Traité de droit romain* (*System des heutigen Römischen Rechts*), de M. de Savigny, pour se maintenir dans les idées générales, l'auteur abuse de l'abstraction, et l'esprit peut à peine se reposer sur des notions plus précises en recourant aux notes de l'ouvrage.

La généralité du sujet fatigue dans Domat lui-même. Son ouvrage semble de trop longue haleine ; on n'y rencontre pas cette précision matérielle des détails qui laisse une idée nette et saisissante.

La méthode dogmatique, en général, quand elle s'applique aux ouvrages élémentaires, a besoin d'un sujet homogène et limité, de divisions naturelles et faciles à suivre. Elle doit aussi éviter, en sens contraire, de tomber dans la monographie. A plus forte raison est-il dangereux de cumuler les deux inconvénients, en appliquant les procédés de la monographie à des sujets étendus. Il est nécessaire de se borner, et l'auteur qui cherche à faire entrer dans un cadre déjà vaste toutes les moindres questions du sujet peut faire un manuel de pratique, un répertoire : il est incapable d'écrire un traité.

40. Les ouvrages de Pothier ont cette juste proportion qui convient à la maturité de la science : ce n'est ni la sécheresse abstraite de quelques dogmatiques, ni la prolixité fatigante de beaucoup d'ouvrages spéciaux. Il n'encombre point l'esprit du lecteur de ces mille décisions accessoires qui peuvent trouver place dans l'exégèse d'un texte, mais qui sont inutiles à la doctrine. Il laisse de côté ces espèces rares et curieuses qui ne se présentent presque jamais. Ainsi ses décisions méritent de faire comme autant d'articles de lois. *Ex iis quæ forte uno casu accidere possunt, jura non constituuntur.*

Il procède ordinairement par des énumérations et des divisions générales, par des règles ou axiomes dont le développement fournit la solution des principales questions.

L'homogénéité des sujets lui rendait ces mérites plus faciles. Si, pour le *Traité des obligations*, Pothier avait eu à surmonter de nombreux obstacles, sa tâche fut bien aplanie pour les écrits qui suivirent et qui étaient comme le développement du premier. A chacun des contrats qu'il examinait correspondaient un ou plusieurs titres du Digeste de Justinien ; les principes, notamment

ceux des contrats consensuels, pouvaient être acceptés pour la plus grande partie. Quant aux contrats étrangers au droit romain, comme la rente, les cheptels, et surtout la communauté, les auteurs français fournissaient d'abondantes ressources; mais leurs ouvrages péchaient la plupart du temps par la méthode. Pothier y introduisit l'ordre, qui était l'essence de son génie; il en tira cette série sans exemple encore d'ouvrages différents dirigés vers un même but.

41. Outre ces qualités générales de la méthode, outre la largeur et l'unité du plan, Pothier apportait dans ses ouvrages un scrupule tout particulier pour les solutions pratiques. Dans les questions importantes, il ne négligeait aucune raison de décider : le droit romain, les coutumes, les ordonnances, et par-dessus tout l'équité naturelle. La bonne foi respire à chaque instant dans ses ouvrages; la candeur et la sérénité de ses idées se reproduisent dans son style sans recherche, où quelquefois l'expression n'a pas toute la rigueur nécessaire, mais où la pensée est toujours nette et pure. Il n'a pas ces formules énergiques et tranchantes de Dumoulin; mais on aime sa prose « encor qu'un peu traînante, » parce que dans son cours paisible elle réfléchit, sans les altérer jamais, les objets qu'elle effleure ou qu'elle pénètre.

Point de parti pris chez lui dans la discussion. Il ne cherche pas, comme, par exemple, Henrys, Ricard ou Furgole, à faire entrer de gré ou de force dans la jurisprudence moderne toutes les solutions du droit romain, ni, comme Loysel, à lui imposer des règles exclusivement coutumières, encore moins, comme certains jurisconsultes, à y faire prévaloir ses propres imaginations. Son originalité est de ne point chercher à être original. Il n'a point de système personnel, et cependant il ne se contredit jamais, tant la recherche sincère de la justice conduit à des résultats indivisibles!

Si quelquefois il lui arrive de se trop avancer, c'est sur des points secondaires; et comme il n'y met jamais d'amour-propre d'auteur, il peut rétracter son opinion sans nuire à l'ensemble de son œuvre. Il s'y résigne sans difficulté, dès que les considérations qui lui sont opposées lui paraissent décisives. Persiste-t-il au contraire dans son opinion, ce n'est pas parce que les raisons adverses contrarient chez lui un esprit de système, c'est qu'elles

ne peuvent convaincre sa bonne foi; souvent il rejette modestement sa persistance sur son respect pour la tradition. C'est ainsi, par exemple, qu'il refuse d'accepter une doctrine nouvelle de Lebrun, qui venait combattre la vieille théorie des trois fautes : « Au reste, dit-il en terminant, quoique l'auteur n'ait pu me persuader d'embrasser son système (ce qu'il doit pardonner à un vieillard à qui il n'est pas facile de se départir de ses anciennes idées), je dois cette justice à sa dissertation qu'elle est très-ingénieuse et très-savante, et qu'elle mérite d'être lue par tous ceux qui ont quelque goût pour la jurisprudence. » (*Observation générale sur le Traité des obligations*, à la fin de ce traité.)

Cette absence de prétention se retrouve dans ses procédés d'exposition : plus préoccupé de son idée que de lui-même, il s'essaye à donner au lecteur une vue bien nette de son sujet; loin de chercher à briller par l'explication de systèmes ardus, il va toujours aux moyens les plus simples : des définitions, puis des exemples clairs et précis, choisis pourtant avec une généralité suffisante, sont ce qu'il emploie de préférence. Trouve-t-il dans le droit romain ou dans les anciens auteurs quelque distinction trop subtile, il n'en cherche point les raisons métaphysiques ou historiques; il ajoute simplement : « Cette solution semble trop subtile ou trop rigoureuse pour être suivie aujourd'hui. »

42. Pothier a quelquefois les défauts de ses qualités. Dans les sujets de pure abstraction, où il n'a pas pour se soutenir l'exemple d'une pratique quotidienne, sa précision l'abandonne. Sa terminologie manque d'exactitude, ou tout au moins les distinctions n'en sont pas fermes et nettement arrêtées. Dans la matière des obligations indivisibles en particulier, on peut relever des définitions trop vagues, des exemples mal choisis; il fallait pour se tirer de ce labyrinthe toute l'énergique précision de Dumoulin, et Pothier n'avait pas la même puissance d'abstraction. Comme témoignage de la difficulté de cette théorie pour lui, on a trouvé dans ses œuvres posthumes un résumé de sa main du traité de Dumoulin. De même, quand il s'est agi pour Pothier de classer les clauses d'ameublissement, il s'est trouvé en présence de divisions multiples : ameublissement général et particulier, déterminé et indéterminé. Si on examine au fond sa division, elle est

exacte et complète; mais elle n'est pas nette, et elle a entraîné les rédacteurs du Code civil à une confusion tout à fait irrationnelle (art. 1507 C. N.).

Si Pothier laisse ainsi à désirer, c'est surtout dans ces matières de droit purement positif, où l'équité naturelle n'a qu'une place très-secondaire. Son génie ne se trouve pas à l'aise dans certains détails de ces théories artificielles, et c'est ce qui explique l'infériorité de ses derniers ouvrages par rapport aux premiers.

Une des plus fréquentes causes de confusion, c'est l'existence des règles spéciales du droit féodal à côté du droit ordinaire. Souvent le droit féodal avait réagi sur les principes communs, soit directement, soit, au contraire, par suite de la résistance des légistes à certaines conséquences : c'est ainsi, par exemple, que s'étaient établies les règles de la saisine et de l'effet déclaratif du partage. Mais, dans plusieurs cas, il n'y avait pas eu assimilation entre les règles du droit féodal et celles du droit commun; c'est alors que la confusion était à craindre.

Par exemple, en matière d'actes récognitifs ou confirmatifs, les canonistes et les feudistes avaient admis que la reconnaissance ou confirmation d'un privilége conféré par un seigneur, quand elle était faite *in forma communi*, en vertu d'un titre primordial, ne faisait foi que de ce qui était contenu au titre primordial. Cette règle établie comme spéciale par Dumoulin (Coutume de Paris, gl. 86), Pothier la prit pour générale et l'appliqua à toutes reconnaissances *in forma communi*. Notre Code civil a encore renchéri sur cette règle, en l'appliquant à toutes reconnaissances, tant *in forma speciali* que *in forma communi* (art. 1337) : la méprise s'est de plus en plus aggravée.

La question de savoir si la femme exerce ses reprises comme propriétaire ou créancière a été longtemps embrouillée par une confusion de même nature. Si on consultait le droit des feudistes, il fallait dire que la femme agissait comme propriétaire (Coutume d'Orléans, *Des fiefs*); d'après le droit commun, elle était simple créancière (*Traité de la communauté*, n°s 584 et suiv.). Cette dernière opinion, seule applicable aujourd'hui, a pu cependant être contestée par suite des principes spéciaux des feudistes.

Si Pothier fournit l'occasion de quelques confusions, son esprit clair et exact en a détruit un bien plus grand nombre. Toutes les parties de la législation ancienne qui ont subsisté sont

dégagées dans ses premiers ouvrages; les matières aujourd'hui disparues de la pratique sont isolées dans ses dernières œuvres, et les sujets qu'il a traités avec le plus de soin et de prédilection sont précisément ceux qui conviennent à tous les temps et à tous les pays.

43. Le meilleur moyen de se rendre compte des progrès que Pothier fit faire à l'étude du droit, c'est de lire les ouvrages de ses devanciers et de ses contemporains à côté des siens.

Aucun d'eux n'avait fourni sur une matière aussi importante que celle des obligations une encyclopédie comparable à celle de Pothier. Mais, dans le détail, Pothier leur était encore supérieur par la sobriété de sa méthode, la clarté de ses déductions, l'absence des détails et des dissertations inutiles. Chez lui, point de discussions sans intérêt pratique, point de plaidoyers sur des points secondaires.

Avant lui, différents auteurs avaient essayé de faire un corps de droit complet. Sans parler de Domat, dont l'initiative vraiment scientifique avait une haute valeur, on peut citer des jurisconsultes d'un degré inférieur, comme Bourjon et Ferrière, qui, prenant pour point de départ la Coutume de Paris, avaient essayé d'y rattacher le droit commun de la France. En réalité, ils n'avaient fait qu'un commentaire exégétique de cette coutume, et n'avaient pu y fondre d'une façon satisfaisante les règles des autres coutumes et celles du droit romain; surtout, ils n'avaient pas su dégager nettement les règles dominantes de la législation.

De son côté, dans une semblable entreprise, Henrys, exclusivement attaché à la jurisprudence des parlements des pays de droit écrit, avait fait un ouvrage très-étendu et plein d'érudition, mais souvent fautif et incomplet, composé parfois de consultations sur des points d'un médiocre intérêt; le manque de proportion entre l'exposé des principes généraux et l'excessif développement des espèces (défaut peut-être augmenté par Bretonnier, son annotateur) était une fatigue pour l'esprit.

Pour trouver un devancier digne de Pothier, en laissant de côté Domat, il fallait remonter jusqu'à Dumoulin. Mais Dumoulin, comme Domat, était un initiateur. Il avait préparé bien des réformes dans la science, mais il n'avait pas vu la perfection de son œuvre. Après avoir fait reconnaître par l'autorité de

son génie l'unité foncière et la supériorité du droit coutumier, il n'avait pu, comme Pothier, laisser le dernier mot de la science; il n'avait pu être, comme lui, populaire et élémentaire : la langue même qu'il employait, le latin, y était un obstacle.

Si maintenant nous mettons Pothier en présence des auteurs de traités spéciaux, sa supériorité apparaît non moins évidente. Ces auteurs étaient souvent tombés dans le défaut que nous avons signalé, de se perdre dans une compilation trop complète pour être méthodique. Les plus célèbres traités, à l'époque de Pothier, ceux de Ricard sur les *Donations*, de Lebrun sur la *Communauté* et sur les *Successions*, de Furgole sur les *Testaments* et les *Donations*, sont d'une longueur excessive : encombrés d'espèces, de citations, de noms de parties et d'arrêts de parlements, ils ne soutiennent pas l'attention par la continuité de la méthode; on n'y trouve pas indiquées avec autant de netteté ces divisions naturelles qui gouvernent tout l'ouvrage. Souvent, d'ailleurs, ils agissent sous l'influence d'un système préconçu et ne savent pas éclairer leurs opinions par un intelligent éclectisme.

44. Les mérites que Pothier avait déployés dans ses traités sur les obligations et les contrats, il continua à les appliquer dans ses autres ouvrages. Il aborda, sur la fin de sa vie, d'autres parties de la législation coutumière, plus empreintes des caractères du droit purement positif et en même temps plus dégagées des principes romains. Il avait dans cette tâche nouvelle des modèles plus nombreux; mais il y resta encore original, en aissant de côté la forme du commentaire et en appliquant la méthode rationnelle et dogmatique du droit romain : c'était bien souvent cette méthode seule qui manquait au droit coutumier pour former un système de législation aussi complet que celui du droit écrit.

Jusqu'à son dernier jour, il persévéra dans son entreprise. La mort le surprit en 1772, venant de publier son dernier traité, et réservant encore à la science de nombreux ouvrages dont on trouva les manuscrits presque parfaits.

Si nous reprenons la liste que nous avons laissée, en 1769, au *Traité de la communauté*, nous trouvons :

En 1770, le *Traité du douaire;*

En 1771, le *Traité du droit d'habitation*, le *Traité des donations*, le *Traité du don manuel;*

En 1771 et 1772, le *Traité du domaine de propriété*, et le *Traité du droit de possession.*

45. A sa mort, il laissait de nombreux manuscrits sur le droit civil français et romain, et sur le droit canonique. Pour ne parler ici que de ceux qui ont été publiés, nous citerons :

Les *Traités des fiefs, censives,* etc.*; — des tutelles et de la garde noble ; — des servitudes ; — des donations entre-vifs ; — des personnes ; — de la légitime ; — des testaments ; — des substitutions ; — des successions ; — de l'hypothèque , — de la subrogation ; — de la vente des immeubles par décret ;* — et, enfin, *de la procédure civile et criminelle.*

« La plupart de ces traités posthumes, dit M. Dupin, ne sont que des ébauches, et toutefois ces simples croquis sont tracés d'une main si sûre que, si l'on n'y trouve pas tous les développements que le sujet comporte et que l'auteur leur aurait certainement donnés, du moins on n'y rencontre point d'erreurs : le coloris manque, mais le dessin est pur et correct. » (*Dissertation sur Pothier*, p. 110-111.)

Il y a trop de réserve dans cette appréciation : beaucoup des traités que nous avons mentionnés sont encore de véritables modèles. La belle ordonnance du plan, le soin constant de suivre le développement le plus conforme à la nature, la juste place donnée aux idées générales, l'équité qui respire dans les solutions sont toujours les mêmes. Ces traités trop négligés ont souvent inspiré nos législateurs, malgré les changements introduits dans le fond même des choses.

Quelle différence, par exemple, entre le système successoral de l'ancien droit et le nôtre ! Et pourtant l'ordre si bien réglé qui existe dans le titre *Des successions* du Code Napoléon, de qui vient-il ? Il est pris, à peu de chose près, dans le *Traité des successions* de Pothier. Dans son chapitre Ier, Pothier étudie la capacité ; dans le chapitre II, l'ordre de succéder ; le troisième chapitre est consacré à l'ouverture des successions, à la saisine, à l'acceptation, à la répudiation et au bénéfice d'inventaire ; le quatrième, au partage, aux rapports, à la rescision, etc.; le cinquième, aux dettes et charges des successions. On suit ainsi la marche d'une succession qui s'ouvre, qui est dévolue à des hé-

ritiers divers, qui est acceptée ou répudiée, dont on liquide l'actif, puis le passif. A l'aide de cette généralisation, les points moins importants qui font la différence des législations, par exemple l'ordre de succéder, sont circonscrits dans des limites étroites; les détails ne font pas tort à l'ensemble, et l'ordonnance du sujet reste tout entière. Dans un grand nombre de détails, c'est encore Pothier qui a inspiré les rédacteurs du Code : l'article 800 du Code Napoléon, par exemple, qui a donné lieu à tant d'interprétations, est extrait presque littéralement d'un passage de son traité (chap. III, sect. 5), et cette disposition s'explique le plus clairement du monde sans contrarier aucun principe. Il en résulte que si un successible, faute d'avoir renoncé ou accepté bénéficiairement dans les délais voulus, est condamné en dernier ressort comme héritier pur et simple à la requête d'un créancier, cette condamnation a un effet définitif quant au créancier poursuivant, mais purement relatif, et qu'elle n'est pas opposable de la part des autres.

Le petit *Traité des personnes* porte également sur une matière qui a subi un changement bien considérable depuis Pothier ; la division qu'il présente comme la première et la plus importante, celle qui classe les personnes en ecclésiastiques, nobles, gens du tiers-état et serfs, n'a plus d'application. Malgré tout, on peut encore puiser dans ce traité bien des renseignements utiles. Nos législateurs eux-mêmes, au lieu d'édicter l'énigmatique article 11 du Code Napoléon pour régler la situation des étrangers en France, se seraient inspirés avec beaucoup de fruit du parallèle établi par Pothier entre les regnicoles et les aubains ou étrangers. Au lieu de donner une formule générale et vague, il énumère un à un les droits dont les étrangers sont privés, les charges spéciales qui les atteignent : c'est encore là, *mutatis mutandis*, qu'on trouve l'idée la plus nette sur la position des étrangers en France.

De même on peut trouver dans le *Traité des donations entre mari et femme* (n° 237) l'explication la plus naturelle et la plus certaine des articles 605, 606 et 607 du Code Napoléon. Contrairement à la doctrine romaine, qui semble au premier abord plus conforme aux principes de l'usufruit considéré comme servitude, Pothier établit que le nu-propriétaire peut être contraint à faire les grosses réparations nécessaires à la jouissance de

l'usufruitier; seulement il le dispense de reconstruire les bâtiments totalement détruits par cas fortuit ou vétusté.

Les moindres ouvrages de Pothier fournissent, on le voit, la plus sûre interprétation de la législation actuelle.

46. Mais ce n'est pas seulement par ses ouvrages que Pothier a servi la science du droit : comme professeur à l'université d'Orléans, il lui avait imprimé une vive impulsion (Letrosne, *Éloge de Pothier*). Il avait su apporter dans cet enseignement, si abaissé jusqu'à lui, la méthode et la clarté de ses ouvrages, la science sans vain étalage, l'exactitude sans abstractions inaccessibles. Sous ses auspices, l'université d'Orléans brilla d'un éclat inaccoutumé; l'émulation qu'il essayait d'exciter parmi ses élèves, il la provoquait aussi parmi les jurisconsultes ses confrères. Pothier, longtemps avant d'écrire sur le droit, s'était mis en rapport avec les hommes distingués que contenait Orléans, Prévost de la Janès, Jousse, Guyot. De l'échange de leurs qualités diverses naquit cette illustration qui se répandit à la fin du dix-huitième siècle sur l'université d'Orléans; c'est de là que sortirent les meilleurs ouvrages sur le droit, en même temps que l'enseignement le plus profitable. Tous ces travaux, dont les auteurs, presque toujours unis par l'estime et l'amitié, se consultaient et se conseillaient sur leurs ouvrages, préparèrent les voies de la législation nouvelle.

Pothier doit avoir la plus grande part dans cette gloire. Parmi les jurisconsultes, c'est lui assurément dont les ouvrages ont eu la plus grande influence sur son siècle et sur le nôtre; c'est en lui que se résume la science de l'ancien droit français. Son génie n'a rien de créateur; mais il éclaire avec une telle puissance les découvertes antérieures qu'il leur donne comme une seconde vie.

CHAPITRE VI.

POTHIER ET D'AGUESSEAU EN PRÉSENCE DU DROIT MODERNE.

47. Législation moderne.
48. Appréciation de Pothier et de d'Aguesseau par les rédacteurs du Code civil.
49. Influence spéciale de Pothier sur notre Code.
50. Influence de d'Aguesseau.

51. Pothier, d'Aguesseau et les commentateurs modernes.
52. Idées modernes étrangères à Pothier et à d'Aguesseau.
53. Conclusion.

47. Dès leur apparition, les ordonnances de d'Aguesseau et les ouvrages de Pothier furent accueillis avec une faveur extraordinaire dans le monde de la science juridique : le droit ancien, dégagé d'un grand nombre d'obscurités grâce au chancelier et à l'auteur du *Traité des Obligations*, se trouvait fixé.

Le *Répertoire de Guyot*, auquel travailla Merlin, et qui lui servit plus tard de modèle, fut encore un ouvrage important où se résuma la jurisprudence d'avant la Révolution. Cet ouvrage s'inspire constamment de ceux de Pothier; mais, outre son absence de méthode (c'est un recueil alphabétique), il est trop surchargé de ces détails secondaires et de ces diversités de dispositions coutumières que Pothier avait su rejeter. Quoique postérieur en date, il fait en quelque sorte un pas en arrière.

La Révolution vint : la science théorique parut pour longtemps négligée; les jurisconsultes s'effacèrent dans l'immense mouvement qui agitait la France. Mais de cette agitation sortit une grande pensée législative, plus nettement formulée qu'elle ne l'avait jamais été, celle de l'*unité* en matière de droit. La Révolution avait brisé les deux obstacles auxquels s'était heurté d'Aguesseau : la féodalité et les parlements. L'égalité civile était établie, la propriété affranchie de ses entraves par la suppression des servitudes féodales et des substitutions. Les aspirations vers l'unité prirent une force nouvelle, et l'Assemblée nationale, puis la Convention, décrétèrent qu'il serait fait un code de lois uniforme pour toute la France.

Un premier projet, élaboré par Cambacérès en un mois et demi à peine, fut présenté à la Convention le 7 août 1793. Ce qu'on y remarque surtout, après la consécration des nouveaux principes introduits dans l'état des personnes, la famille et le régime de la propriété, c'est le développement inusité donné à la théorie des obligations et des différents contrats : évidemment l'œuvre de Pothier avait inspiré le rédacteur. Mais, malgré la sobriété de ce projet, la Convention jugea que les détails où il était entré ne convenaient pas à la majesté d'une loi générale,

et il fut momentanément abandonné. Le 28 brumaire an II, la Convention décida que la discussion serait ouverte sur un second projet, d'une concision vraiment extraordinaire, où l'on ne trouvait que les règles et les divisions les plus générales, et qui n'entrait dans aucun détail pratique, s'en remettant pour cela à des lois réglementaires. Un tel travail ne pouvait avoir d'autre prétention que de rompre avec la jurisprudence antérieure et de se rattacher par une vaine affectation de brièveté aux lois lapidaires des temps primitifs. Le danger qui menaça ainsi un moment notre législation eût pu être fort sérieux si les travaux de la génération précédente n'eussent fourni des matériaux tout prêts pour une réforme plus raisonnable.

Le second projet de la Convention fut bientôt abandonné, et on revint à l'idée d'un plan plus étendu. En l'an IV, Cambacérès dut présenter un nouveau projet, qui n'était que le premier perfectionné et enrichi par les nombreuses lois votées dans l'intervalle.

Le 30 frimaire an VIII, un quatrième projet encore plus complet fut présenté à la commission consulaire : c'est celui qu'on connaît sous le nom de projet Jacqueminot. En dernier lieu, et le 4 nivôse an VIII, MM. Bigot-Préameneu, Tronchet et Portalis furent chargés de rédiger un cinquième projet, qui est devenu le Code actuel, après avoir été élaboré par eux, soumis aux observations des tribunaux d'appels et du tribunal de cassation, discuté et amendé en Conseil d'État, communiqué officieusement puis officiellement au Tribunat, pour être enfin voté par le Corps législatif.

48. Quels sont les initiateurs qui ont inspiré nos hommes d'État dans ce grand travail? Demandez-le-leur à eux-mêmes. Si on consulte les discours préliminaires sur l'ensemble du Code civil, et qu'on cherche à quel jurisconsulte se rattachent les rédacteurs, il semble tout d'abord que leur esprit se porte de préférence sur Domat : l'unité originale de son ouvrage, son caractère philosophique attirent sur lui les premiers regards ; Pothier est relégué parmi les jurisconsultes secondaires, *inter cœteros*, quoique dans un rang honorable. Un autre nom occupe avec celui de Domat le premier plan : c'est celui de d'Aguesseau, dont les réformes sont justement appréciées par les législateurs modernes.

Ainsi parle Portalis, à la séance du 28 ventôse an XI, devant le Corps législatif :

« Quand le législateur eut fixé sa sollicitude et ses regards sur quelques matières importantes, il sentit la nécessité et il eut le désir de toucher à toutes. On fit quelques réformes dans l'ordre judiciaire, on corrigea la procédure civile, on établit un nouvel ordre dans la justice criminelle, on conçut le vaste projet de donner un code uniforme à la France. Les Lamoignon et les d'Aguesseau entreprirent de réaliser cette grande idée. Elle rencontrait des obstacles insurmontables dans l'opinion publique, qui n'y était pas suffisamment préparée, dans les rivalités du pouvoir, dans l'attachement des peuples à des coutumes dont ils regardaient la conservation comme un privilége, dans la résistance des cours souveraines qui craignaient toujours de voir diminuer leur influence, et dans la superstitieuse incrédulité des jurisconsultes sur l'utilité de tout changement qui contrarie ce qu'ils ont laborieusement acquis ou pratiqué pendant toute leur vie.

« Cependant les idées de réforme et d'uniformité avaient été jetées dans le monde. Les savants et les philosophes s'en emparèrent; ils portèrent dans les matières législatives le coup d'œil d'une raison exercée par l'observation et par l'expérience. On compara les lois aux lois, on les étudia dans leurs rapports avec les droits de l'homme et avec les besoins de la société. Le judicieux Domat et quelques autres contemporains commencèrent à se douter que la législation est une véritable science. J'appelle *science* une suite de vérités ou de règles liées les unes aux autres, déduites des premiers principes, réunies en corps de doctrine et de système, sur quelqu'une des branches principales de nos connaissances. » (Fenet, tome Ier.)

Mais si, dans le plan général, c'était Domat qui semblait inspirer nos législateurs, Pothier reprenait sa place quand il s'agissait d'entrer dans le vif des questions.

« Domat, disait le tribun Mouricault, a recueilli les décisions du droit romain dans ses *Lois civiles*, ouvrage profond qui sera toujours utilement médité. Pothier, après lui, a rassemblé et commenté les mêmes décisions dans des traités qui resteront classiques ; *le projet qui vous est soumis en est la substance*, et

par cette seule considération, il est déjà fortement recommandé à votre adoption. » (Fenet, t. XIII, p. 414.)

On peut voir dans le même sens les discours de MM. Bigot-Préameneu et Favard. (Fenet, t. XIII, p. 217.)

D'Aguesseau méritait également d'être cité, non-seulement, comme l'avait fait Portalis, pour l'impulsion générale qu'il avait donnée à la législation, mais encore pour les réformes spéciales dont il l'avait enrichie.

« C'est ici, disait M. Bigot-Préameneu en parlant des donations, que tous les regards se fixent sur ces lois célèbres qui contribuent à rendre immortelle la gloire du chancelier d'Aguesseau. Ses ordonnances sur les donations et les testaments ont été, comme le nouveau Code, le fruit de longues méditations. Elles n'ont également été adoptées qu'après avoir consulté le vœu de la nation par le seul moyen qui fût alors possible, celui de prendre l'avis des magistrats et des jurisconsultes. Les rédacteurs du Code ont eu recours aux dispositions de ces lois, avec le respect qu'inspirent leur profonde sagesse et le succès dont elles ont été couronnées. » (Fenet, t. XII, p. 543.)

Ces citations montrent ce qu'avaient eu d'éminemment juste et pratique les visées de d'Aguesseau et de Pothier, puisqu'après une étonnante révolution dans les mœurs et dans l'état de la nation, leur œuvre restait complète et digne d'être prise pour modèle.

49. Pothier s'était surtout attaché, nous l'avons souvent fait remarquer, à dégager les principes qui régissent les conventions, cette matière en apparence si variable et au fond si constante. On l'a dit avec raison, « la législation romaine si défectueuse dans les parties qui se rattachent au système politique, la législation romaine qui consacre l'esclavage, qui, dans ses dispositions sur les testaments, sur l'adoption, sur l'organisation de la famille et du pouvoir domestique, accuse si fortement l'influence d'une aristocratie ambitieuse, la législation romaine est un modèle de sagesse dans la partie des obligations, libre qu'elle était ici de cette dangereuse influence, et tout entière livrée dès lors aux salutaires directions de la loi naturelle. » (Berville, *Éloge de Pothier*.)

C'est dans cette législation antique que Pothier avait cherché des précédents pour son œuvre la plus considérable. Le reste de

ses travaux, sur l'état des personnes, sur le régime de la propriété, sur la loi des successions et des donations, s'appliquaient à une législation plus récente et plus nationale. Et pourtant, c'est celle qui a été le plus durement atteinte par les changements.

Cherchez, dans le premier discours de M. Jaubert au Tribunat, l'énumération de ce qui a disparu... Ce sont les institutions propres au droit français (ou celles empruntées au droit écrit dans ses dispositions sur la famille et les successions). M. Jaubert cite : l'action *ab irato*, — l'exhérédation et l'institution d'héritier, — la fiducie, — le droit d'élire, — les substitutions, — les droits d'aînesse ou de masculinité, — la légitimation par lettres du prince, — l'interdiction pour prodigalité, — les droits nobiliaires de certains héritages, — les droits féodaux, — le retrait lignager, — les rentes foncières non rachetables, — l'imprescriptibilité du domaine de l'État, — la division des biens en libres et propres, — le don mutuel, — le douaire coutumier.— Il faut joindre à cette énumération la profonde modification du régime hypothécaire, du système des prescriptions, etc.

La loi des contrats, au contraire, subsiste dans son ensemble. Tous les titres de notre Code, depuis celui des *Contrats ou obligations conventionnelles* jusqu'à celui du *Cautionnement* (art. 1101-2003 C. N.), comprenant environ mille articles, sont le calque fidèle des ouvrages de Pothier. C'est la même ordonnance, à quelques détails près ; ce sont les mêmes idées générales.

Qui pourrait dire si le développement du droit des conventions n'a pas contribué à cette extension des transactions civiles et commerciales qui distingue notre époque, et si la détermination de principes certains sur les droits et les obligations attachés à chaque contrat n'a pas encouragé les hommes dans une voie désormais aplanie et facile, autrefois pleine d'embûches et de périls? N'est-ce pas ici le cas de rappeler que les fondateurs des États-Unis d'Amérique (et en particulier Rufus King) s'occupèrent de fixer d'une façon uniforme la loi des contrats, comme une des premières bases de l'union et de la prospérité de la république naissante ? (M. Laboulaye, Cours de 1864.)

Les jurisconsultes étrangers eux-mêmes ont rendu hommage aux ouvrages de Pothier sur le droit commercial, en l'associant

dans leurs éloges à Jousse et à Valin. « Pothier (dit M. Marshall, jurisconsulte anglais), dans ses traités sur les contrats, réunit le savoir le plus profond à la morale la plus pure et au jugement le plus étendu : celui relatif aux assurances est net, concis et de main de maître. » (M. Bécane, *Préface au Commentaire de Valin sur l'ordonnance de* 1681, p. 57.)

On s'attendrait souvent à trouver insuffisantes pour notre époque des règles faites pour un temps où les relations commerciales étaient si peu développées. Mais l'équité (comme la morale) est la même pour les grandes et pour les petites entreprises : Pothier est resté le meilleur commentateur de nos codes, qu'il a inspirés, et le meilleur conseiller en matière de conventions.

50. L'œuvre de d'Aguesseau, au contraire, a porté, et elle devait porter, sur des règles de droit plus arbitraires. Elle a réglé des institutions qui n'avaient en elles-mêmes rien d'absolu. Aussi n'a-t-elle subsisté qu'en partie, malgré la hauteur des vues et la grandeur des travaux du chancelier. En ce qui concerne les substitutions, il n'a pu que déployer des tendances bientôt dépassées, et ce qui reste de son ordonnance dans notre Code a un intérêt secondaire.

Les vues de d'Aguesseau avaient, à n'en pas douter, plus d'étendue que celles de Pothier; car il y avait en lui un homme d'État et un philosophe en même temps qu'un jurisconsulte, et nos législateurs ont eu raison en le plaçant, à ce point de vue, au-dessus de Pothier ; et cependant ils ont emprunté beaucoup à ce dernier, et assez peu à d'Aguesseau.

Si l'influence des ordonnances de 1731, de 1735, se manifeste matériellement dans le Code par une reproduction presque textuelle, ce qu'on leur doit surtout, c'est le progrès qu'elles ont fait faire à l'idée de l'unité de législation.

51. L'influence exercée par Pothier et d'Aguesseau sur nos législateurs s'est continuée sur les jurisconsultes qui ont écrit depuis le Code Napoléon.

Ce Code n'était pas fait pour se passer de commentaires. « Notre Code, disait le tribun Jaubert, aura-t-il tout prévu? Il était impossible de tout prévoir, notamment dans la matière des conventions, qui varie à l'infini; il eût même été dangereux de descendre dans des cas particuliers. Ce sont les principes qu'il

fallait établir. Parmi les principales imperfections du Code prussien, on a remarqué avec raison la surabondance de doctrine. La loi ne doit jamais être un raisonnement ni une dissertation. »

Il fallait donc au Code civil des commentateurs. Or il est incontestable que les ouvrages qui commentent une loi nouvelle se ressentent la plupart du temps du défaut de précédents et du manque de certitude dans la doctrine; une application prolongée fait seule découvrir, par une sorte d'induction, ce qui est en quelque manière la loi de la loi, ce qui en forme l'essence véritable. Pour notre Code, il en fut autrement : on trouvait un premier commentaire fait à l'avance, l'œuvre de Pothier, qui avait servi de modèle au législateur. Pothier guidait et inspirait les nouveaux commentateurs, et même aujourd'hui, il reste beaucoup à y puiser; c'est lui qu'il faut toujours consulter le premier pour pénétrer le vrai sens des dispositions qui nous régissent.

La double influence de Pothier et de d'Aguesseau a été signalée par tous les jurisconsultes modernes; quelques-uns leur ont consacré des ouvrages spéciaux : M. Dupin, dans une notice sur Pothier; M. Bugnet, dans les notes de son édition, où il rapproche des traités du jurisconsulte orléanais les articles du Code qui en sont tirés. D'Aguesseau a été aussi l'objet de travaux considérables (MM. O. de Vallée, F. Monnier, etc.).

Mais ces influences si fécondes ne doivent pas exclure l'originalité chez les nouveaux commentateurs de nos lois. M. Troplong caractérise ingénieusement, en parlant des travaux de Pothier, le rôle de l'auteur qui veut aujourd'hui écrire sur le droit :

« Lorsque Pothier parut, il fallait résumer le droit; aujourd'hui, il faut l'étendre. Pothier trouva la science encombrée, diffuse, péchant par surabondance et par luxe; maintenant elle a pour défaut capital la sécheresse, la maigreur, l'indigence. Sans réduire le droit à sa plus simple expression, comme Domat l'avait fait avec la rigueur d'un algébriste, il fallait, au dix-huitième siècle, l'abréger, le rendre simple, précis, méthodique, et cependant lui laisser la profondeur scientifique et la richesse de la doctrine. Pothier a merveilleusement réussi dans cette tâche; c'est là le chef-d'œuvre de son talent. Mais, à l'heure qu'il est, il est permis de penser que le Code civil, résumé des progrès de

la société moderne dans l'ordre des rapports privés, ouvre une carrière dans laquelle la science doit se montrer sous des formes nouvelles. » (*Traité du gage,* préface, p. 41.)

52. Ajoutons que notre époque a sur certains points des idées et des institutions que ne connurent ni Pothier ni d'Aguesseau : ce sont celles que la Révolution a fait entrer dans le droit.

Tous deux, Pothier et d'Aguesseau étaient des conservateurs. Attachés à la tradition avec un respect scrupuleux, ils n'eurent guère plus le pressentiment des réformes sociales que la possibilité de les faire. Pour Pothier d'abord, s'il a servi la cause de l'avenir, c'est en faisant ressortir ce qu'il y avait de meilleur dans le passé sous une forme nouvelle et excellente; son esprit pratique, mais paisible, n'a guère sollicité d'innovations.

D'Aguesseau a eu des aspirations mieux définies vers le perfectionnement de la législation existante; mais beaucoup de réformes l'ont encore trouvé inaccessible, soit par conviction, soit par crainte de ne pouvoir réussir dans un progrès radical. Les idées d'humanité, d'égalité entre les hommes, tant vantées par les philosophes, le séduisirent sans doute jusqu'à un certain point; mais, pour les mettre en pratique, il eût fallu attaquer de vieilles institutions qui opposaient encore à la destruction une force d'inertie dont une révolution pouvait seule triompher : aussi l'état des personnes, le régime de la propriété, le système des successions n'entrèrent-ils pas dans le plan de ses réformes.

Les idées professées plus spécialement par les économistes avaient quelque chose de plus pratique et de plus conciliable avec les institutions de l'époque. Aussi d'Aguesseau leur donna-t-il satisfaction dans quelques-unes de ses ordonnances : l'intérêt du crédit public inspira dans de certaines limites les mesures de publicité qu'il prescrivit pour les donations et les substitutions; l'intérêt de la libre circulation de la propriété trouva son compte dans les restrictions apportées à ces mêmes substitutions et aux acquisitions des établissements de main-morte.

Mais les formules générales du crédit public ne le frappèrent pas avec la même évidence : c'est ainsi que nous l'avons vu repousser la publicité des hypothèques pour ménager le crédit des grandes familles, comme on l'a fait encore de nos jours en Angleterre.

53. De tout ce qui a manqué à Pothier et à d'Aguesseau, il faut surtout s'en prendre aux institutions de leur temps. La Révolution a fait disparaître les entraves qui les avaient retenus : la féodalité et ses conséquences, la diversité dans l'administration de la justice. L'état des personnes a été établi sur des principes plus équitables, la libre circulation des biens favorisée, le régime des successions débarrassé de ses complications bizarres et de ses injustices. Mais combien nos lois laissent encore à désirer dans toutes ces dispositions où l'ancien droit n'a pu guider nos législateurs ! Que d'incertitudes dans les institutions destinées à assurer le crédit et la sécurité des transactions ! La réforme du régime hypothécaire, imparfaitement accomplie par la loi sur la transcription, est encore à l'ordre du jour ; la législation nouvelle sur les sociétés commerciales cherche à s'équilibrer sur ses bases mal assises ; les derniers monopoles luttent contre le principe de la liberté commerciale ; la question du taux de l'intérêt est plus que jamais agitée ; la propriété intellectuelle, après avoir conquis sa place, traverse une crise d'incertitudes.

Au contraire, les parties de nos lois inspirées par Pothier et d'Aguesseau sont celles qui présentent le plus de cohésion et de solidité, les dispositions les plus claires et les plus méthodiques ; et là même où le législateur a commis quelque inexactitude dans ses termes ou dans ses théories, la loi se redresse d'elle-même par l'effort de sa logique et se soutient par la solidité des principes sur lesquels elle est fondée.

Ce n'est pas qu'on doive pour cela désespérer des réformes nouvelles ; mais, à ces créations spontanées de la société moderne, il faut un développement également spontané ; il faut que l'activité des efforts individuels se serve à elle-même de limite et de pondération ; il faut, en un mot, que les institutions législatives s'établissent sur le large terrain de la liberté.

LÉOPOLD THÉZARD,
Agrégé à la Faculté de droit de Poitiers,
avocat à la Cour impériale.

DES

CONDITIONS DE CAPACITÉ EXIGÉES DES *OFFICIERS*

DE L'ANCIENNE MONARCHIE FRANÇAISE.

La passion des fonctions publiques, le choix parfois défectueux de ceux qui les remplissent, la critique qui se donne légitimement carrière en cette matière, ne concernent pas seulement notre génération et notre pays ; mais je me propose exclusivement, sans chercher à expliquer l'universalité de la tendance, d'en constater indirectement l'existence chez nous avant 1789, par les traces qu'elle a laissées dans plusieurs monuments législatifs de l'ancien régime.

Cette excursion rétrospective nous montrera tout au moins une préoccupation réelle de la bonne composition, au point de vue des connaissances juridiques, des principaux corps de l'ancienne monarchie française, — préoccupation assez grande pour prendre place dans la phraséologie officielle, beaucoup plus peut-être comme prétexte hypocrite à certaines réformes, qui n'ont absolument aucun rapport avec l'instruction des membres de ces compagnies puissantes et exclusives, qu'à titre d'hommage rendu au principe trop incontestable de la nécessité de cette instruction.

Dès le quinzième siècle, un curieux document nous donnera ample satisfaction à tous égards. On sait qu'en 1412, Charles VI, à l'instigation du duc de Bourgogne, « fist grande assemblée en la ville de Paris... afin d'avoir conseil et délibéracion... par espécial sur la réformacion de tous ses officiers généralement... » L'Université fut chargée de la réponse [1], qui est une sorte d'exposé des motifs de cet acte célèbre, mais éphémère dans ses résultats, qui est connu sous le nom d'*ordonnance Cabochienne* (Paris, 25 mai 1413). La remontrance s'attaque notam-

[1] Le texte s'en trouve, comme on sait, dans la *Chronique d'Enguerrand de Monstrelet*, p. 308 et suiv. de l'édition Douët-d'Arcq (1858).

ment au Parlement : « On y souloit mectre haulx et excellens clercs et notables preudhommes d'onneur, d'aage et de meurs, et expers en droit et en justice... Et depuis ung peu de temps, pour la faveur d'amis, de parens et de prières, aucuns jeunes hommes, ignorant le fait de justice et indignes de si hault et si excellent office, y ont été mis. » Pour remédier à cet état de choses, l'Université ne propose rien moins « que ceulx qui seront trouvés non souffisans soient déposez, et mis en leurs lieux notables personnes, et qu'on y garde les conditions anciennes. » L'Université n'est pas plus indulgente sur d'autres points, parmi lesquels je me contenterai d'indiquer celui-ci : « Qui vouldroit parler des maistres des requêtes de l'ostel du roy et des autres officiers, Dieu scet s'il y auroit à dire ; car, au temps passé, on y mectoit anciens hommes et expers, congnoissans les coutumes de ce royaume... et maintenant on n'y met que jeunes gens, non sachans et non expers... » Plus tard, Philippe de Comines écrira que les Français n'ont souci de rien, sinon d'offices et d'états que trop bien ils savent faire valoir.

Nous ne trouverons pas, bien entendu, en lisant ces fameuses ordonnances Cabochienne, de Blois, de Moulins, etc., relatives aux réformes à apporter dans la justice, la moindre application du principe du concours, dont l'idée, essentiellement moderne en Europe, est encore chez nous une des promesses éventuelles de l'avenir ; mais nous y rencontrerons des examens plus ou moins sérieux, et nous saisirons sur le vif, dans ce coin obscur de la vie publique de nos ancêtres, plus d'un détail de mœurs qui appellera le sourire sur les lèvres. Il est facile de constater, en ce qui concerne le fort petit côté de l'existence sociale dont nous nous occupons, que, pour une époque donnée, l'homme obéit partout aux mêmes tendances, aussi bien en Angleterre qu'en France, pays qu'il est pourtant convenu de représenter maintenant comme types des races individualistes et centralistes. De même, pour une nation donnée, l'homme varie peu avec les époques, quant au fond de sa nature. Il n'y a là, en somme, qu'une vérification de plus du grand fait philosophique en vertu duquel notre Molière sera éternellement vrai dans tous les pays et dans tous les temps. Que cette évocation du peintre immortel du cœur humain ne soit pas considérée comme une dérogation à la gravité naturelle de ce recueil ! Quiconque a lu les *Treze*

livres des Parlements de France (1617), par Bernard de La Roche-Flavin, particulièrement au livre VI, dont quelques chapitres sont relatifs à notre sujet, sait à quoi s'en tenir sur l'impayable naïveté de nos pères.

L'ordonnance Cabochienne, qu'un historien de grande imagination a considérée comme le premier code administratif de la France, ne contenait et ne pouvait contenir, à proprement parler, que fort peu de choses sur le sujet de cette étude. Si, dans l'article 1er, on lit que les « deux bons preudhommes saiges, solvables et souffisans, » auxquels Charles VI veut seulement confier les fonctions de trésoriers du domaine et des aides, doivent être élus en la Chambre des comptes par le chancelier, appelés les gens du grand Conseil, du Parlement, de la Chambre des comptes et autres, il n'apparaît pas que l'élection soit soumise à une restriction quelconque, sous le rapport de la capacité intellectuelle des élus.

Même observation au sujet des généraux, gardes, contre-gardes, tailleurs et essayeurs des monnaies, à la nomination desquels il est pourvu « par bonne élection » (art. 90);

Du receveur général, du contrôleur, des président et conseillers de la justice des aides, qui doivent être « notables, saiges et expers en fait de justice, » des élus « prins et fais de bonnes personnes riches et preudhommes des lieux où ils seront faitz et esleuz, cognoissans en fait de justice » (art. 96, 99, 102 et 103);

Des présidents, maîtres, clercs, correcteurs de la Chambre des comptes (art. 141 et 143);

Des présidents et autres gens de la cour de Parlement, à l'égard desquels une sorte de comité d'enquête, formé par voie d'élection, doit « informer diligemment, secrètement et bien,... quelle personne sera bonne et idoine à être mise et colloquée audit lieu qui lors vacquera, » et faire un rapport à la suite duquel il est passé au scrutin (art. 154). Les nobles, « trouvés aussi souffisans comme aucun des autres, » leur sont seulement préférés (art. 155);

Des offices de judicature du royaume, auxquels il doit être « pourvu de personnes notables, sages, expers et cognoissans au fait de justice, selon les lieux et pays où ils seront assis; lesquelles personnes seront prinses par bonne élection, sans faveur ou acception de personnes, qui se fera en nostre Parlement, en

la présence de nostre chancelier, appelez avec lui de ceux de notre grand conseil » (art. 166);

Des offices divers relevant de la chancellerie (art. 207, 210, 218, 223 et 228). Il convient toutefois de relever, dans les trois derniers de ces articles, un embryon d'instruction professionnelle : « les secrétaires seront pris, esleus et choisis bons, diligents et souffisans en latin et en français par notre chancelier, appellez avec lui... » Ailleurs, il est positivement parlé de l'*examen* destiné à constater si le secrétaire est « souffisant pour faire lettres, tant en latin comme en français. » Enfin, on voit même Charles VI ordonner une enquête solennelle pour désigner « ceux desdicts notaires et secrétaires qui seront trouvez non estre convenables et proffitables pour ledict office exercer, tant en latin comme en français, et ès autres choses requises audict office »;

Des offices des eaux et forêts (art. 230). Les maîtres des eaux et forêts « pourront prendre lieutenans, bons, souffisans et bien esleus, desquels ils respondront, afin qu'aucun inconvénient n'en advienne » (art. 240).

C'est à raison de ce premier indice d'une condition de capacité que j'ai résumé l'ordonnance de Charles VI ; car, au seul point de vue de l'élection (de tout temps en usage pour les offices de finances), elle n'est même pas la première, dans l'ordre chronologique du règne de ce roi, — qui, en 1404, avait déjà édicté un règlement analogue sur les offices de justice et de finances. Suivant Loyseau, lorsque les Anglais envahirent la France, ils changèrent en l'élection collation, « afin de mettre aux charges leurs partisans et confidents, ce qu'ils n'eussent pu faire si l'élection eût eu lieu. » Après l'expulsion des Anglais, nos rois n'étant pas fâchés de conserver ce régime et les officiers voulant revenir à l'ancien, le débat fut tranché par un moyen terme, qui dura jusqu'à l'innovation de la vénalité des offices : les cours présentaient au roi trois candidats, entre lesquels il choisissait, en déclarant « qu'étant suffisamment informé des capacités de l'impétrant, etc. » Loyseau remarque même que « le roi ne mande point qu'on informe de la capacité du pourvu de l'office,... ce qui nous apprend qu'anciennement, en France, on n'avait point accoutumé à l'examiner. »

J'aurais même pu citer, au sujet de l'élection des membres du Parlement, une ordonnance du 5 février 1388 (1389), dont l'ar-

ticle 5 veut qu'ils soient reconnus « estre souffisans à exercer ledit office, et se plusieurs le requéroient,... que on preigne et élise le plus souffisant. » L'élection servait de témoignage, dit La Roche-Flavin, qu'il ne s'agissait pas de « personnes illétérées, ignorantes et incapables. » Plus tard, il fallut être docteur pour être conseiller ; « mais cela ne veut pas dire que les conseillers soient savants, » ajoute malicieusement Marin Giustiniano (1635, *Relations des ambassadeurs vénitiens*), — qui ne prétend pas sans doute qu'ils l'auraient été davantage s'ils n'avaient pris aucun grade juridique, comme cela a longtemps eu lieu.

Dans son ordonnance sur la réformation de la justice (Blois, mars 1498-1499), Louis XII prescrit qu'à l'avenir nul ne puisse être pourvu par lui d'un office de président ou conseiller en quelque cour de Parlement, sans être *examiné* par une sorte de commission composée des présidents de ladite cour et d'un certain nombre de conseillers ; elle ne doit procéder à la réception du nouveau pourvu que dans le cas où elle le trouve « suffisant et ydoine pour ledit office exercer » ; dans le cas contraire, elle doit en avertir le roi, qui avisera à la désignation « d'autre personnage habile, ydoine et suffisant, ainsi que, pour le devoir de justice, » il est tenu de faire (art. 30). — On voit bien que de grandes précautions sont prises pour que les « élections se fassent sans faveur et sans fraude » ; que, par exemple, chacun des « présidents et conseillers élisants » doit prêter le serment solennel « d'élire celui qu'il saura et connaîtra être le plus lettré, expérimenté, utile et profitable pour lesdits offices respectivement exercer au bien de justice » (art. 31) ; que les élections se font « publiquement, de vive voix et non par ballottes » (art. 32), mais le caractère technique de l'épreuve est passé sous silence : il serait même permis à la rigueur de conjecturer, d'après ce qui précède, qu'elle n'existe guère, et est remplacée par une appréciation morale et générale de l'homme.

Le même document montre que l'élection des baillis, sénéchaux et autres juges du royaume, se fait en pleine assemblée (art. 47), et ne peut porter que sur des « docteurs ou licenciés *in altero jurium* en université fameuse » (art. 48), suivant l'expression consacrée.

Il est curieux de voir que tous ces magistrats, sans aucune exception, soient tenus, dans l'année de leur réception, de se pro-

curer les ordonnances des rois de France, « icelles voyent et sachent à leur pouvoir en tant que à chacun d'eux touche et peut toucher, » et que ces ordonnances doivent être lues dans les cours, département et auditoires des baillis, etc., deux fois par an. S'il ne s'agit pas là d'enseignement administratif, il est au moins question d'instruction professionnelle par mesure préventive.

L'article 60 de la même ordonnance parle de l'élection des prévôts en garde, réglée ensuite par l'article 41 d'une ordonnance de 1510, aux termes duquel, à chaque vacance, sont élus trois personnages « bons, idoynes et suffisants, » dont un est pris par le roi.

Lorsque François Ier, dans son édit (Moulins, août 1546) sur les offices de judicature, trace un tableau navrant « de tout le désordre étant au fait de la justice, » il constate bien nettement « qu'à l'examen et réception des officiers de justice, les cours souveraines ont eu peu de respect et considération... au savoir,... de sorte qu'il ne s'en est jamais trouvé un seul refusé. » Il estime alors que le meilleur moyen de remédier à ce déplorable système est d'avoir un petit nombre de bons juges, c'est-à-dire « ... instruits en bonnes lettres, exercités en jugements et ayant l'usance des choses. » En conséquence, il ordonne que dorénavant les offices de présidents, maîtres des requêtes ou conseillers aux cours de Parlement, ne soient attribués qu'à ceux à l'examen desquels il sera « procédé, toutes les Chambres assemblées dès sept heures du matin au plus tôt, à la fortuite ouuerture des livres, sur chacun volume du droit (« j'entends le droit romain, » dirait Loyseau), et après sur la pratique, à ce appellés les avocats et procureurs, et, ce fait et sans divertir à autres actes, seront les opinions recueillies. » Cette fois, la nature de l'examen, qui ne se modifiera guère, comme nous l'allons voir, est suffisamment précisée.—Il a également lieu, mais seulement dans l'une des Chambres, pour les baillis et sénéchaux de longue robe, leurs lieutenants généraux et particuliers, les prévôts des bonnes villes et autres officiers de justice.

L'ordonnance d'Orléans (janvier 1560), dans ses articles 39 à 55, s'occupe de l'examen des officiers des siéges subalternes de justice, mais ne fait rien connaître de nouveau, ni pour le fond, ni pour la forme.

Deux articles de l'ordonnance de Moulins (janvier 1566) sont relatifs à ce même sujet. Charles IX veut qu'en cas de vacance d'un office de conseiller de Parlement, il n'y soit nommé qu'une personne « versée en la jurisprudence et expérience des jugements, » et que les électeurs prêtent « serment de pure et sincère élection. » — Et néanmoins n'entendons que, par telle élection ou nomination, les élus ou nommés puissent prétendre de n'être sujets à l'examen : « ains voulons être contraints à subir icelui, combien qu'elle leur serve d'approbation de leur qualité et prudhommie » (art. 9). — Les examens doivent être faits « à l'ouuerture des livres de droit, sans bailler loi ou thème particulier à ceux qui se présenteront,... sans qu'on puisse bailler délai d'études ou sac à rapporter à ceux qui se trouveront moins capables ou suffisants » (art. 10), etc. — Il y a plus, une déclaration du 10 juillet suivant, rendue sur les remontrances du Parlement de Paris, interpréta dans un sens rétroactif les deux articles auxquels je viens d'appliquer mon procédé d'analyse réduite : ceux qui ont été pourvus d'offices en cours souveraines sont « sujets à l'examen de leur suffisance, encore qu'ils aient été nommés par lesdites cours auparavant la publication de l'ordonnance » de janvier 1566.

De même, dans la fameuse ordonnance de Blois (mai 1579), Henri III s'occupe beaucoup d'un recrutement convenable des offices divers de judicature. L'article 108 contient tout ce qui concerne le point de vue restreint auquel je suis tenu de me placer. Il me faut laisser dans La Roche-Flavin l'explication *rabelaisienne* de cette prescription réglementaire en vertu de laquelle les examens doivent être « faits les matinées *et non les après disnées.* » Les candidats sont, « sur la loi qui leur sera baillée » (contrairement à la recommandation expressément mentionnée dans l'ordonnance de Moulins), « trois jours après, sans plus long délai ou remise, examinés tant sur icelle loi et sur la pratique que sur la fortuite ouuerture de chacun livre, qui se fera en trois endroits pour le moins. Et où, pour les occupations de nosdites cours, on ne pourrait vacquer auxdits examens dedans ledit temps, leur sera la loy changée, pour en répondre au troisième jour ensuivant, sans qu'au cas qu'ils ne seraient trouvés suffisants pour leursdits examens, il leur puisse être baillé délay d'estude ou sac à rapporter. » La Commission

se compose de deux conseillers de chacune des Chambres des enquêtes, indépendamment de ceux qui voudront argumenter. — « La dispute ne peut être refusée à tous ceux qui veulent disputer. — Pratique s'apprend par la lecture des ordonnances et des arrests de Papon, et par l'assiduité et fréquentation de ces audiences. — Toutefois, si ce sont de jeunes hommes non encore expérimentés, comme ne sont que trop les fils de bonne maison et des conseillers mêmes, la Cour se contente de médiocre satisfaction et réponse sur ces questions de pratique, sous l'espérance que le temps et expérience, en peu d'années, leur fera apprendre telle pratique. » Ce commentaire de La Roche-Flavin m'a paru utile à rapprocher du texte royal, pour l'éclairer intellectuellement et moralement.

Aux termes de l'article 18 de l'ordonnance d'avril 1679, relative aux études de droit, il est défendu de recevoir deux officiers à la fois. — Qu'on me permette de glisser ici, à sa place chronologique, un passage d'une lettre de Mme de Sévigné (29 mai 1680), qui se rattache directement à notre sujet : « Il faut que je vous conte ce que c'est que ce premier président ; vous croyez que c'est une barbe sale et un vieux fleuve comme votre R.... Point du tout, c'est un jeune homme de vingt-sept ans.... fort joli... que j'ai vu mille fois, sans jamais imaginer que ce pût être un magistrat ; cependant, il l'est devenu par son crédit, et, moyennant 40,000 francs, il a acheté toute l'expérience nécessaire pour être à la tête d'une compagnie supérieure, qui est la Chambre des comptes de Nantes. » — L'avocat Barbier écrira en 1751, à propos des auditeurs des comptes : « N'y entre pas qui veut. Le premier président Nicolaï est difficile pour l'agrément, et les fils de maîtres ont la préférence. » — Mais revenons aux cours de justice.

La déclaration du 20 janvier 1700 est bien précise, dans son article 6, à l'endroit des matières d'examen : tous les officiers reçus dans les cours ou siéges royaux doivent être interrogés sur les ordonnances, coutumes et autres parties de la jurisprudence française et le droit civil. — Il n'en est point ainsi pour tous les offices durant le dix-huitième siècle, car on trouve parfois qu'ils doivent simplement être remplis par des personnes capables, ou qui aient la capacité et l'expérience nécessaires, etc., etc. En septembre 1724, Louis XV expose hypocritement que « rien ne se-

rait plus désirable, » pour tout le monde, « que d'abolir la vénalité des charges, pour ne les donner qu'au mérite et à la vertu; mais que la nécessité de trouver des fonds » s'oppose à autre chose qu'à la modération des prix, « qui, en laissant aux bons sujets la liberté de se présenter, » permet de régler son choix « sur la capacité, la naissance et les services. » La capacité, dont le mode de constatation n'est point indiqué, vient bien en première ligne, mais il est permis de croire qu'il n'en était ainsi que sur le papier.

Au résumé, les princes ont commencé par s'appliquer la maxime commode des empereurs romains : *Sacrilegii enim est dubitare an is est dignus quem eligerit imperator*, — qui doit bien être encore de mise politiquement pour les représentants d'une nation, élus par le suffrage populaire ou par le souverain, mais qui n'aura plus aucun inconvénient le jour où la diffusion de l'enseignement des sciences administratives et politiques sera telle, que tous les citoyens se destinant aux fonctions publiques l'auront nécessairement reçu. Ensuite, les princes ont permis qu'un officier, pourvu par eux, ne le fût définitivement qu'après avoir été reçu par le corps dont il va faire partie. « Le prince est censé lui dire, ajoute Guyot dans son *Traité des offices* (1788) : Je vous nomme à cet office, si vous en êtes capable. — Il faut des connaissances et des lumières, car que faire d'un ignorant ! » Cette reconnaissance du droit immense d'examen confinait directement au sujet de cet essai, mais l'examen n'a pas eu d'abord d'autre sens que celui d'une constatation quelconque de l'agrément de la compagnie à laquelle voulait appartenir l'officier. De même la formule sacramentelle « Sa Majesté étant informée de la capacité et de l'expérience du sieur ....., » n'a jamais signifié davantage que celle des « services exceptionnels » que doit avoir rendus tout fonctionnaire qui n'a pas vingt ans de bons services, et qu'on veut décorer sans qu'il se soit distingué d'une manière quelconque. Suivant Loyseau, ce grand ennemi de la vénalité des charges, elle aurait directement conduit à l'épreuve de capacité, qui n'était pas nécessaire, ajoute-t-il, quand elles étaient conférées pour le mérite ; mais il oublie alors le troisième moyen de les acquérir que lui-même a défini ainsi : « Il n'a guère tardé qu'il n'y eût une autre entrée des offices, à savoir celle de la faveur, quand ceux qui ont eu droit de choisir

les officiers ont plutôt donné leur suffrage à leurs amis qu'aux plus gens de bien. » — « La capacité, dit Guyot, est, de toutes les conditions requises dans celui qui sollicite la collation d'une charge, la plus importante et cependant la plus difficile à remplir. — Dans l'impuissance où se trouve le souverain d'examiner par lui-même tous les sujets qui se présentent pour obtenir des provisions d'offices, il est obligé de « ... renvoyer aux juges... le soin de scruter leurs connaissances, d'apprécier leurs lumières. » On sait que le quatrième et dernier volume du savant historien des offices ne parut pas, parce que la révolution de 1789 le rendit sans intérêt !

B. de La Roche-Flavin estime, comme Loyseau, que la vénalité des charges aurait été l'origine des épreuves de capacité, parce que l'on voulait « esviter que les Parlements ne se remplissent de gens ignorants. » On sait que cet auteur donne de très-curieux détails sur la nature des examens, et je ne crois pas pouvoir me dispenser de le citer ,en l'abrégeant un peu : « Est la théorique, en discourant et faisant leurs leçons sur-le-champ, sur chacune des lois qui leur sont échues sur les cinq fortuites ouuertures, lesquelles lois il leur est permis de choisir dans l'une des pages des ouuertures, et encore leur est loisible de tourner les deux feuillets seulement de chaque côté, pour pouvoir mieux choisir et rencontrer quelque sujet sur lequel ils soient les plus apprêtés et propres pour discourir (liv. VI, chap. XVIII, *Des examens*, XXV). — Lesquelles leçons et discours, la cour veut n'être vagues sur la matière universelle du titre, mais particuliers et précis, tout autant que faire se peut, sur le sujet de la loi ou paragraphe, en mettant et posant bien l'espèce et le cas de la loi, et en tirant les règles, et icelles confirmant par les lois à peu près semblables avec les raisons de décider et douter, *decidendi et dubitandi*, les plus propres qu'on peut bailler : qui sont les raisons qui peuvent avoir ému le législateur à faire la loi, et les arguments et objections qu'on y peut faire, avec les solutions. Auxquels discours ainsi précis et particuliers, on reconnaît le jugement et capacité du pourvu, et, par les grands, longs et généraux discours, on reconnaît une mémoire sans jugement, » etc. (*ibid.*, XXVI). Le naïf historien du Parlement expose ensuite qu'on avait délibéré si la forme des examens ne serait pas changée, à cause des traités publiés spécialement en

vue de ces épreuves, mais que la question avait été résolue négativement, à raison du secours que ces traités apportaient au candidat pour prononcer un discours de trois heures, « ce qu'autrement ne pouroit non mesmes les plus doctes que malaisément faire. — Mais le malheur est que la plupart, après avoir longuement discouru et caqueté comme des pies, » dès le lendemain de leur réception, « demeurent muets comme des poissons. » Je ne crois pas, en rapportant cette plaisanterie franchement gauloise, avoir fourni des armes contre le système des épreuves; du moins, je les retournerais immédiatement contre ses adversaires, en ajoutant que La Roche-Flavin explique très-bien ce mutisme, par « la mauvaise et très-pernicieuse coutume » des universités de France de beaucoup trop parler des « antiquailles des Romains, » matières si dissemblables de celles qui intéressent les Français et dont il demande formellement la suppression ; « car, dit-il, si l'aage nous est court et ne nous suffit pour savoir les choses qui nous sont utiles et nécessaires, pourquoi l'emploierons-nous en des choses inutiles et hors nos usages ? » Bien sages paroles qui, pour avoir été écrites au commencement du dix-septième siècle, n'ont peut-être pas perdu de leur valeur dans la seconde moitié du dix-neuvième ! Croit-on que La Roche-Flavin les retirerait aujourd'hui, en présence des merveilles de l'industrie moderne, du commerce intérieur et étranger, des chemins de fer, de la télégraphie électrique, etc. ? On peut, en tout cas, prendre acte des conseils qu'il donne aux magistrats, quand, admettant la lecture des orateurs et des historiens, il repousse celle des poëtes, ainsi que l'étude de la théo logie et de la médecine, recommande d'user avec modération de la philosophie, proscrit enfin l'astrologie, la géométrie, l'alchimie, etc. Au moins pour le fond, certains réformateurs modernes, ayant trop de propension à imiter les Allemands (qui me semblent tout à fait tomber sous la férule de La Roche-Flavin), oublient trop que « l'aage nous est court, » en traçant leurs programmes des sciences administratives et politiques!

Ainsi qu'on l'a vu et ainsi qu'on le pressentait, les offices de judicature m'ont à peu près seuls occupé dans cette excursion malheureusement si incomplète. Quand Richelieu créa, au mois de mai 1635, ses intendants des provinces, qui n'étaient pas d'ailleurs exclusivement administrateurs comme nos préfets, il

est évident qu'il se préoccupa peu d'épreuves de capacité et qu'il s'en rapporta uniquement à lui-même, pour apprécier la valeur de ceux auxquels il daignait accorder sa confiance. L'édit de création en fait foi, puisqu'il n'y est question que « de personnes capables, graduées et non graduées » (art. 1er); mais ils furent normalement choisis parmi les maîtres des requêtes, dont les charges « sont à la mode » pour cette raison, lira-t-on dans le *Journal* de l'avocat Barbier.

M. J.-J. Baude racontait naguère, dans la *Revue des Deux Mondes*, que « le cardinal de Richelieu, et Colbert après lui, avaient des espions qui allaient pour eux à la recherche des gens de mérite. Les ministres de nos jours, ajoutait-il, ne sont pas réduits à cette extrémité ; s'ils demandent un homme capable, il se forme à l'instant une émeute à la porte de leur cabinet. » Cette plaisanterie, que je n'admets qu'en la dénationalisant, suivant le droit que nous donnerait le tableau de ce qui se passe aussi à cet égard à l'étranger, est à cheval sur le passé et le présent, et j'ai cru pouvoir la rappeler ici. Mais je ne puis m'empêcher de songer quel pas auraient fait faire à la question ces deux grands ministres, auxquels je puis bien adjoindre Louvois, ne fût-ce que pour cet *ordre du tableau* qui a soulevé tant d'indignation chez l'irascible Saint-Simon, s'ils avaient entrepris un commencement de réforme. C'est qu'il ne faudrait rien moins, pour la mener à bien (le passé est là pour le prouver), que quelque *vir marmoreus*, suivant le nom que Guy-Patin donne à Colbert. On ne doit pas, du reste, s'étonner si Louis XIV (M. Guizot n'a pas hésité à comparer à la période féconde du consulat la partie de son règne correspondant aux ministères de Colbert et de Louvois), si ce roi administrateur ne fit rien au point de vue spécial où nous place ce travail. Il a expliqué, dans ses *Mémoires* (t. III, p. 36), les motifs de son exclusion systématique de la noblesse des hautes fonctions administratives. « Il m'importait qu'ils ne conçussent pas eux-mêmes de plus hautes espérances que celles qu'il me plaisait de leur donner : ce qui est difficile aux gens d'une grande naissance. » L'aristocratie du mérite étant un peu sujette aux mêmes inconvénients que la noblesse d'origine, le grand roi n'aurait pas souffert qu'un de ses agents lui fût imposé par quelque concours. Tout autre était nécessairement le point de vue auquel s'est

placé le législateur après la révolution de 1789, à partir de laquelle les constitutions politiques renferment invariablement le principe de l'égale admissibilité aux emplois publics ; mais le titre de cet article m'interdit de franchir la mémorable date.

Il m'eût été extrêmement facile de recomposer, avec des documents authentiques, l'historique des écoles spéciales afférentes à la marine et aux corps des ponts et chaussées et des mines. Après quelques recherches, j'y ai renoncé, parce que les documents ne présentent absolument aucun fait administratif en ce qui concerne la capacité du personnel. Par exemple, pour l'École des ponts et chaussées et pour l'École des mines, qui toutes deux sont constamment citées dans les travaux sur le recrutement professionnel, je n'aurais trouvé que des faits techniques : l'une a été créée sous Louis XV, en 1747; l'autre sous Louis XVI, en 1783. Annexées plus tard à l'École polytechnique, elles ne peuvent avoir une place dans ce travail, non plus que les écoles d'artillerie, des cadets, etc., établies sous Louis XIV.

Je me bornerai, en terminant, à rappeler qu'après que Colbert eut, dès son entrée au ministère, mis fin au système de vénalité qui avait gagné les consulats, un arrêt du Conseil d'État du roi, du 18 novembre 1669, fonda près du collége Louis le Grand, auquel elle est aujourd'hui encore annexée, l'école dite des *Jeunes de langues*. Les places, occupées d'ailleurs par des enfants, sont, comme on sait, réservées aux fils et petits-fils des consuls, drogmans, professeurs de l'école, employés du ministère des affaires étrangères, qui sont réputés avoir une sorte de tradition des langues orientales et que l'on prend à l'âge où les langues s'étudient facilement.

E. LAMÉ FLEURY.

BIBLIOGRAPHIE.

Études historiques sur les traités publics chez les Grecs et chez les Romains, depuis les temps les plus anciens jusqu'aux premiers siècles de l'ère chrétienne, par M. E. Egger, membre de l'Institut, professeur à la Faculté des lettres de Paris; nouvelle édition. Paris, Durand, 1866, 1 vol. in-8°. Prix : 7 francs.

« Les États grecs paraissent avoir été dirigés dans leurs relations extérieures par une entière conviction de ce qui était juste, jointe à une politique sage et éclairée. Les Romains ont montré, du temps de la république, plus de connaissance encore et de profondeur dans les principes du droit des gens par l'organisation d'un département des affaires étrangères, du collége des Féciaux. Mais ces titres de gloire ont été beaucoup affaiblis par les procédés que le gouvernement se permit plus tard durant les guerres civiles, et bien plus encore lorsqu'il adopta entièrement un système de conquête et d'assujettissement. » — C'est en ces termes que Klüber, sans pouvoir entrer dans des détails que son plan ne comportait pas, a résumé l'histoire du droit des gens chez les Grecs et chez les Romains [1].

L'ouvrage que nous signalons aux lecteurs de la *Revue* peut être regardé comme le meilleur et le plus naturel contrôle de la proposition de l'éminent publiciste allemand. Ce que Klüber s'était borné à présenter d'une manière vague et générale, M. Egger l'expose avec développements dans le volume qui va nous occuper.

Le 8 août 1856, au moment où les discussions du Congrès de Paris étaient présentes à tous les esprits, l'honorable académicien entretint pour la première fois ses collègues du droit international chez les anciens. — Trois ans plus tard, ce qui n'était d'abord qu'une esquisse devint un mémoire complet que l'Académie des belles-lettres inséra dans le Recueil de ses travaux. — Aujourd'hui, l'œuvre s'est encore accrue ; les portions déjà publiées ont été soumises à un consciencieux examen, et l'on

[1] *Droit des gens moderne de l'Europe*, § 10, trad. Ott, 1861, p. 12.

s'explique aisément le précieux encouragement qu'un homme d'État resté fidèle au culte des lettres, M. Drouyn de Lhuys, a accordé à l'auteur.

C'est qu'en effet M. Egger peut être à bon droit considéré comme le meilleur représentant dans notre pays de l'érudition appliquée aux antiquités de la Grèce. Les nombreuses dissertations dans lesquelles il a consigné le résultat de ses scrupuleuses recherches ont fixé bien des points douteux; et ceux-là même qui n'en admettent point les conclusions sont obligés d'avouer que tous les éléments de décision s'y rencontrent. Bien plus, et des exemples récents suffiraient pour le prouver, des mémoires qui ne sont point signés du nom de M. Egger sont en partie son œuvre, empressé qu'il est de mettre à la disposition de tous les vastes matériaux qu'il a recueillis [1]. Cette science du passé, précise, abondante et sûre d'elle-même, on la trouvera à chaque page des *Études sur les traités publics*.

Nous ne voulons pas insister davantage sur les mérites de cet excellent livre; car, après tous les témoignages approbateurs qu'il a reçus, notre opinion à nous serait sans valeur.—Lorsqu'on se trouve en présence d'un de ces ouvrages qui, dès leur première apparition, à raison tout à la fois du nom de l'auteur et de leur valeur intrinsèque, ont conquis tous les suffrages, et que, de plus, l'œuvre primitive, grâce à une révision continue, s'est sans cesse perfectionnée et améliorée, que pourrait faire un critique obscur en faveur du livre? Que pourrait-il même faire contre lui?—Nous accomplirons une tâche plus utile peut-être, au moins plus conforme aux intentions de l'auteur, en essayant de résumer brièvement les principes du droit des gens qui ressortent de ce volume. « Je pense, dit M. Egger, et je voudrais avoir démontré dans ce livre, que les exemples de la politique ancienne peuvent encore aujourd'hui éclairer le gouvernement des sociétés, et qu'on fait œuvre de bon citoyen en recherchant parmi ces lointains souvenirs la tradition du droit et de la vérité [2]. »

Les petites républiques de la Grèce, si nombreuses et si rap-

[1] Voir notamment le Mémoire de M. Th.-H. Martin, *Notions des anciens sur les marées et les euripes*, Caen, 1866.

[2] *Op. laud.*, p. XIII.

prochées les unes des autres dans un territoire fort restreint, ont dû connaître de bonne heure les relations internationales. Sans aucun doute, un corps de règles n'a point présidé dès l'origine à ces rapports entre peuples voisins. Nous ne trouvons pas ici, en effet, comme dans chaque État, un supérieur hiérarchique commun, venant dicter des lois obligatoires pour tous ceux qui sont soumis à son autorité. Les républiques, indépendantes les unes des autres et jalouses de leur indépendance, n'auraient pas aisément consenti à se soumettre à une volonté qui n'avait pas le droit de leur imposer des ordres. Mais, avec le temps, des usages conformes aux mœurs se sont établis : *moribus introductum est;* des pactes et des traités sont venus les sanctionner. Peu à peu un droit international s'est formé, et ses prescriptions n'ont pu être enfreintes sans que le téméraire s'exposât à de sérieuses hostilités, à de redoutables vengeances.

Ce droit international paraît avoir été avant tout un droit religieux, et les siècles d'indifférence que nos pères ont traversés n'ont pas réussi à lui enlever ce caractère originel.—Le plus ancien document authentique qui nous soit parvenu est, suivant toute vraisemblance, un pacte conclu entre Elis et Héréa ; les deux parties mettent respectueusement leur contrat sous la protection de Jupiter Olympien ; et presque tous les traités qui suivent débutent par cette formule : « Avec l'aide du Dieu bon. » —Pieuse coutume qui s'est perpétuée jusqu'à nous ! « Au nom du Dieu tout-puissant, » dit le traité de Paris, du 30 mars 1856, dans lequel figuraient des nations musulmanes. « Au nom de la très-sainte et indivisible Trinité, » dit le traité de Zurich, du 10 novembre 1859, signé seulement par les représentants de peuples chrétiens.

Ce caractère religieux du droit international s'attache même à la personne de ceux qui peuvent être considérés comme ses auteurs, ou, mieux encore, comme ses interprètes. — Pourquoi l'ambassadeur jouit-il de l'inviolabilité ? Parce qu'il est une chose sainte, et les textes qui s'occupent de lui rapprochent avec complaisance ces deux mots : Ἱερὸν καὶ ἄσυλον. — Aujourd'hui encore, l'inviolabilité des ministres est souvent désignée sous le nom de sainteté : *sanctitas legatorum.*

La religion protége même les simples hérauts et les gens de

la suite de l'ambassadeur. Tous ceux qui sont attachés à la mission ont le droit de circuler librement et sans entraves, sur terre comme sur mer, et d'accomplir, comme ils le jugent à propos, toutes les démarches nécessaires à l'exécution de leur mandat.

Cette inviolabilité religieuse de l'ambassadeur, en Grèce, est-elle toutefois sans limites ? S'il se rend coupable d'un crime dans le pays où il exerce ses fonctions, sera-il justiciable des tribunaux de ce pays ? — Ici, les documents sont contradictoires. D'une part, le tyran de Phères a fait jeter en prison des ambassadeurs thébains qui avaient voulu attenter à l'indépendance des Thessaliens ; et Thèbes lui déclare la guerre, parce qu'il a violé le droit des gens. Mais, d'autre part, un député de Mylasa envoyé en Perse a conspiré contre le satrape Mausole ; on l'a jugé et mis à mort, et la ville de Mylasa, loin de protester, a déclaré que les biens du coupable appartiendraient au satrape. — Ce décret de Mylasa apparaît à M. Egger comme un acte de froide cruauté de la ville pour son citoyen. Peut-être les Mylasiens ne sont-ils pas si coupables. Ils croyaient sans doute, avec d'estimables jurisconsultes contemporains, que l'immunité du représentant doit cesser lorsque l'attentat par lui commis est de telle nature, que le prince étranger n'aurait jamais voulu consentir à le recevoir, s'il l'en avait cru capable. L'exterritorialité n'a pu raisonnablement être accordée aux ambassadeurs que dans la mesure où elle peut se concilier avec le maintien de la sécurité publique et la conservation de l'ordre établi. Or, la détermination de cette mesure n'est point sans embarras, des faits récents viennent de le prouver, et l'on ne peut faire un crime aux Mylasiens d'avoir, au temps d'Artaxercès, résolu la question dans le sens le plus rigoureux.

Les traités auxquels les ambassadeurs prêtaient leur ministère étaient tantôt des traités de paix, tantôt des traités d'alliance, tantôt des traités de commerce ; quelquefois ils se bornaient à régler des questions de droit international privé. — Un pacte, intervenu entre Athènes et les peuples avec lesquels cette ville était en relations ordinaires, porte que l'homme libre étranger ne sera point soumis à la contrainte par corps, et ne pourra point être privé de sa liberté : Μὴ ἐξεῖναι μήθ' εἵρξαι,

μήτε δῆσαι τὸν ἐλεύθερον[1]. — Un autre document du quatrième siècle, dont nous avons quelque peine à comprendre la disposition, défend aux Athéniens toute acquisition d'immeubles, à quelque titre que ce soit, sur le territoire des alliés : Μὴ ἐξεῖναι... Ἀθηναίων μηδενὶ ἐγκτήσασθαι ἐν ταῖς τῶν συμμάχων χώραις... μήτε πριαμένῳ, μήτε ὑποθεμένῳ, μήτε ἄλλῳ τρόπῳ μηθενί[2].

Plusieurs traités qui nous ont été conservés sont relatifs au brigandage, qu'ils se proposent d'interdire, ou tout au moins de soumettre à certaines règles. « Le brigandage, sur terre comme sur mer, dit M. Egger[3], a été longtemps chez les Grecs un moyen commun et régulier de s'enrichir. Il a ce caractère dans l'épopée homérique; il le conservait au temps de Thucydide chez plusieurs peuples de race hellénique. » Et, parmi ces peuples, M. Egger mentionne la république d'Athènes. — Nous demandons à nous arrêter sur ce point pendant quelques instants, afin d'essayer de justifier, s'il se peut, l'illustre cité grecque, la reine de la civilisation antique, du reproche qui lui est adressé.

Le jurisconsulte Gaius nous a conservé le texte d'une loi de Solon qui déclare valables les associations faites ἐπὶ λείαν. Ἐπὶ λείαν οἰχόμενοι, ὅ τι ἂν τούτων διαθῶνται πρὸς ἀλλήλους κύριον εἶναι, ἐὰν μὴ ἀπαγορεύσῃ δημόσια γράμματα, dit la loi 4, D., *De collegiis et corporibus*, 47, 22. Prenant à la lettre les expressions du législateur athénien, on les a presque toujours appliquées à la piraterie et au brigandage. « Qui ad prædam proficiscuntur, « quidquid hi disponant inter se, firmum sit, nisi hoc publicæ « leges prohibuerint[4]. »

Aussi un illustre érudit français, Samuel Petit, pour soustraire Solon aux critiques que l'on ne pouvait manquer de diriger contre lui, a refusé de lire le texte de cette loi, comme on le fait habituellement. Il s'est attaché, dans deux circonstances, à démontrer qu'il suffisait d'une lettre changée par la maladresse d'un copiste pour que le sens de la loi primitive fût complétement dénaturé. — Une première fois, il a proposé

[1] Andocides, *C. Alcibiadem*, § 18.

[2] Böckh, *Staatshaushaltung der Athener*, 2e édit., Berlin, 1851. Register, p. XX.

[3] *Op. laud.*, p. 34.

[4] Version des frères Kriegel dans leur *Corpus juris civilis*.

de lire ἐπὶ λεῖον; c'est-à-dire : association faite pour le commerce des grains : λεῖον · ὁ σῖτος, dit Hésychius. — Et pour le cas où cette première correction serait rejetée, il en a présenté une seconde non moins simple, et que favorise la Vulgate : ἐπὶ ἀεὶ ἄν; c'est-à-dire : société qui doit durer pendant toute la vie des contractants, par opposition à celle dont la durée est limitée. *Qui et multum simul habitantes sunt*, dit la Vulgate[1]; et alors rien n'est plus conforme au droit des gens, dans l'une et dans l'autre hypothèse, que l'association incriminée [2].

Le texte ἐπὶ λείαν a cependant prévalu, et nous l'avons nous-même antérieurement adopté en le traduisant par *brigandage* [3]. — De nouvelles réflexions nous portent à lui donner un sens moins barbare qui fera disparaître le caractère odieux attribué à la loi de Solon.

Lorsque deux peuples sont en guerre, parmi les moyens qu'ils ont à leur disposition de se nuire l'un à l'autre, et auxquels on a souvent attribué la légitimité, figure la course. Il faut bien se garder de la confondre avec la piraterie : les pirates sont des voleurs qui ne peuvent invoquer aucune excuse, tandis que les armateurs en course, autorisés par le gouvernement, soumis à des lois, à des instructions, à des règles fort précises, rentrent dans la catégorie des ennemis légitimes. Ce que nous disons de la course pour les expéditions maritimes, nous le disons également des guerres de partisans. — Or, ces deux modes d'hostilités étaient connus à Athènes. « Nous ne pouvons pas actuellement, dit Démosthène, opposer à l'ennemi une armée régulière; ayons recours à des armées irrégulières, et provisoirement faisons la guerre de cette façon. » Ἀνάγκη ΛΗΣΤΕΥΕΙΝ, καὶ τούτῳ τῷ τρόπῳ τοῦ πολέμου χρῆσθαι τὴν πρώτην [4].

Λεία, dit Solon; λῃστεύειν, dit Démosthène : c'est toujours la même chose. Pourquoi donc ne s'agirait-il pas, dans la loi de Solon, de la formation de bandes armées, ou d'expéditions en course? — Si notre conjecture était fondée, nous n'aurions plus le

[1] Il est probable que la Vulgate a voulu traduire non pas ἀεὶ ἄν, mais bien plutôt ἐπὶ λίαν, qu'on trouve dans les Florentines.

[2] *Leges Atticæ*, édit. Wesseling, Leyde, 1742, p. 525, et la note de Wesseling.

[3] *Revue critique de législation*, t. XXVII (1865), p. 65.

[4] *Adversus Philippum*, I, § 23. Reiske, 46.

droit de nous montrer bien rigoureux pour des institutions que notre pays a lui-même pratiquées, et que la déclaration du 16 avril 1856 n'a point complétement anéanties.

Le plus souvent, c'était la place publique qui servait de théâtre aux négociations préparatoires du traité ; et, pour le dire en passant, la diplomatie moderne, avec ses habitudes de sage réserve et de prudente défiance, doit s'expliquer difficilement ces mœurs anciennes. Mais, au moins, la nation était maîtresse de ses destinées ; elle ne se voyait pas engagée malgré elle dans des guerres ou dans des alliances qu'elle désapprouvait.— Ce mode de procéder était tellement passé dans les habitudes des peuples grecs, qu'il n'était pas rare de voir des plénipotentiaires, investis de pouvoirs sans limites, au moment de conclure un traité, demander à en référer à l'assemblée générale de leur nation.— Dans quelques cas cependant, pour éviter les dangers de discussions tumultueuses et passionnées, on réunissait un congrès ; parfois même, les deux parties intéressées désignaient un arbitre à la décision duquel elles promettaient de se soumettre : et cet arbitre était tantôt un illustre personnage, tantôt même une tierce nation.

Les traités une fois conclus, il fallait les rédiger.—Il est de principe, admis par tous les interprètes du droit des gens, qu'un État qui traite avec un autre État a le droit de se servir et d'exiger que l'on se serve avec lui de la langue qu'il lui plaît de choisir, et notamment de sa propre langue. Chez les Grecs, on voit aussi très-fréquemment chacune des parties contractantes conserver individuellement le dialecte qui lui est particulier. C'est ainsi que, dans Thucydide, les documents qui intéressent les Athéniens sont rédigés dans le dialecte attique, tandis que ceux qui intéressent les cités du Péloponèse sont reproduits dans le dialecte dorien.—Mais, à côté du principe, il y a un usage assez habituellement reçu, d'après lequel, pour éviter l'inconvénient résultant de la diversité des langues, on adopte dans les relations diplomatiques une langue convenue. Au commencement du dix-huitième siècle, à Utrecht, c'était le latin ; au dix-neuvième siècle, c'est le français. En Grèce, également, il y eut une langue tierce à laquelle on avait recours spécialement quand il fallait traiter soit avec les Perses, soit avec les Romains, et cette langue tierce, c'était le dialecte vulgaire : κοινὴ διάλεκτος.

Une fois la rédaction arrêtée, il ne restait plus qu'à pourvoir à la conservation du traité ; on en donnait lecture à l'assemblée, qui parfois s'engageait par serment à observer religieusement ses dispositions : des fonctionnaires étaient chargés de le faire graver sur le bronze ou sur la pierre, et la stèle qui le contenait était placée dans les temples des dieux. Les magistrats en fonctions, dans certaines circonstances solennelles, la dérobaient pour un moment à cette protection tutélaire qui nous en a conservé un grand nombre, et ils en donnaient de nouveau connaissance au peuple.

La rapide exposition que nous avons faite d'une partie du droit international de la Grèce vient encore à l'appui d'une vérité que nous avons déjà plus d'une fois essayé d'établir et qui nous semble maintenant incontestable, c'est-à-dire que les lois de la Grèce peuvent, sous quelques points de vue, affronter sans crainte la comparaison avec les lois de Rome.

Le droit des gens chez les Romains n'offre point, en effet, le même intérêt que chez les Grecs. Est-ce seulement parce que les documents authentiques qui nous sont parvenus sont peu nombreux ? N'est-ce pas plutôt parce que Rome, aussitôt qu'elle eut conscience de sa force, procéda par la conquête et l'asservissement, assujettissant tous les peuples autour d'elle, ne laissant à aucun vaincu sa complète autonomie, supprimant les nationalités, et par cela même le droit international ? Aussi ses meilleurs jurisconsultes ne paraissent pas avoir compris ce que c'est que le droit des gens.

Nous rencontrons, il est vrai, dès les temps les plus reculés, une institution fort vantée : le collége des Féciaux, *fœderum, pacis, belli, induciarum oratores, judicesve*[1]. — Le dirons-nous ? nous ne participons pas à l'enthousiasme général ; que l'institution fût habile, nous ne le contesterons pas; car, grâce à elle, le peuple romain paraissait presque toujours mettre le bon droit de son côté ; mais voilà tout ce que nous pouvons admettre. Nous avons peine à comprimer un sourire lorsque nous étudions le mécanisme subtil de la procédure des actions de la loi ; nous nous demandons quelle était, au point de vue de la justice, l'utilité de ces formalités bizarres que Cicéron lui-même tour-

[1] Cicéron, *De legibus*, II, 9.

nait en ridicule, et que le plaideur le plus sûr de l'excellence de sa cause ne devait pas aborder sans effroi? Pourquoi serions-nous donc moins sévères pour l'injustice et la mauvaise foi qui apparaissent si souvent dans les relations extérieures du peuple romain? Est-ce qu'une guerre devenait légitime, parce que le fécial s'était transporté aux portes de Rome, sur le champ ennemi, et là avait déclaré solennellement que l'agression injuste venait de l'adversaire? *Quod populus N. adversus populum romanum fecerit et deliquerit* [1]. Autant dire alors que la justice et la bonne foi résident seulement dans les formes.

« Quantum a justitia recedat utilitas, dit Lactance, populus « ipse romanus docet, qui per feciales bella indicendo, et legi- « time injurias faciendo, semperque aliena cupiendo et ra- « piendo, possessionem sibi totius orbis comparavit [2]. »

Un des plus illustres généraux de Rome, le pacificateur de la Grèce, Quinctius Flamininus, exposait un jour à l'ambassadeur du roi de Syrie comment il entendait le principe de non-intervention : « Votre maître Antiochus renoncera à intervenir jamais dans les affaires de l'Europe, même pour les pays soumis à la domination de ses ancêtres, sinon le peuple romain aura toute liberté d'intervenir en Asie [3]. » — C'était là ce que l'on appelait, à Rome, répondre *ex dignitate et utilitate populi romani* [4].

Aussi un auguste écrivain, qui ne pèche point cependant par excès de sévérité dans l'appréciation des premières conquêtes de Rome, a été obligé de le proclamer lui-même : « Lorsque les Romains en vinrent à penser que rien ne leur résisterait plus, parce que rien jusque-là ne leur avait résisté, ils se crurent tout permis. Ils ne firent plus la guerre pour protéger leurs alliés, défendre leurs frontières ou briser les coalitions, mais pour écraser les faibles et exploiter les nations à leur profit [5]. » Quel aveu décourageant pour les historiens du droit international à Rome! « C'est qu'une fortune excessive, dit le même auteur, éblouit les nations comme les rois. » — Oui, mais un jour devait venir, et c'est la morale de l'histoire, où l'empire romain se souviendrait

[1] Tite-Live, I, 32.
[2] *Instit. div.*, liv. VI, c. IX.
[3] Tite-Live, XXXIV, 58.
[4] *Ibid.*, 57.
[5] *Histoire de Jules César*, I, p. 186.

enfin qu'il y a un droit des gens et l'invoquerait à son tour contre les barbares, et où ceux-ci, appliquant la peine du talion, méconnaîtraient ce droit, comme Rome l'avait méconnu.

Heureusement, le christianisme était là pour protester en faveur des principes. Les Pères de l'Église, en rappelant aux hommes qu'ils sont frères, en leur apprenant qu'il ne doit y avoir entre eux ni vainqueurs, ni vaincus, ni maîtres, ni esclaves, remirent en lumière des doctrines qui depuis trop longtemps étaient dans l'ombre. Si leurs enseignements ne passèrent point immédiatement de la théorie dans la pratique, c'est que des traditions séculaires dans l'empire romain leur étaient hostiles; c'est aussi que les princes n'avaient point d'intérêt à les admettre. Mais, peu à peu, la charité chrétienne parvint à faire partiellement triompher l'idée de sociabilité que les philosophes grecs avaient déjà plus d'une fois entrevue, et que les siècles ultérieurs n'ont point développée comme ils auraient dû le faire.

M. Egger, dans son intéressante revue, s'arrête aux premiers siècles de l'ère moderne, et nous n'avons ni le droit, ni le désir d'aller plus loin que lui. Sur tous les points que nous venons d'indiquer rapidement, son livre abonde en curieux témoignages auxquels nous renvoyons le lecteur. En nous offrant pour écrire cette sèche analyse, nous n'avons pas eu, en effet, d'autre ambition que de signaler, à ceux qui ne les connaîtraient pas, de remarquables études.—Peut-être aussi, et ce sera notre dernier mot, avons-nous cédé au désir de présenter publiquement à l'auteur l'hommage de notre respectueuse gratitude pour la bienveillance avec laquelle il a accueilli nos modestes travaux.

E. Caillemer,
Professeur à la Faculté de droit de Grenoble.

LA LEX MALACITANA.

PREMIER ARTICLE.

Je croyais en avoir fini avec les *Tables de Malaga*, et quoique mes explications fussent restées incomplètes, ma tâche n'en paraissait pas moins accomplie, en ce qui touche la preuve de l'authenticité de ces monuments épigraphiques. L'ennui de poursuivre avec mon savant ami une querelle devenue inutile, par l'assentiment universel du public érudit aux conclusions principales de ma polémique, m'avait facilement décidé à me retirer d'une bataille où je ne trouvais plus d'adversaire. Mais l'unanime adhésion des hommes les plus autorisés d'Italie, d'Allemagne, de France et des Pays-Bas, cette adhésion qui m'avait imposé la clôture du débat, est aujourd'hui rompue par un ingénieux *privat docent* de l'université de Heidelberg, M. Asher, qui hardiment reprend la thèse, depuis dix ans abandonnée, de la fausseté des bronzes célèbres dont il s'agit, avec cette nouveauté piquante et inattendue qui distingue son système, à savoir : que le faussaire aurait substitué des inscriptions apocryphes à d'anciennes et véritables lois municipales de la *Respublica Malacitana,* qu'il aurait détruites après les avoir falsifiées au gré de son caprice. M. Asher peut même affirmer, *avec quelque certitude, que les Tables* actuelles *ont été fabriquées entre* 1530 *et* 1570. Une supposition, à la fois si précise et si extraordinaire, n'a cependant d'autre garantie que l'intuition scientifique de son auteur ; mais quelque habile qu'elle soit, M. Asher me permettra de lui confesser mon incrédulité. D'un tel roman épigraphique l'invraisemblance saute aux yeux, du moins aux miens ; et de la moindre preuve qui la soutienne, je n'aperçois pas l'ombre pour le lecteur étonné d'une assertion si hardie.

Impénitent que je suis donc, je reprendrai avec une confiance nouvelle, confirmée par la réflexion, par des suffrages imposants, par l'impuissance même du système étrange de M. Asher, la démonstration développée de l'authenticité des inscriptions ma-

lacitaines, en restreignant cependant, désormais, la discussion à la Table de Malaga; car, d'un côté, aucune partie du commentaire spécial que j'ai donné de la Table de Salpensa, ne me semble ébranlée; et, d'autre part, entre ces deux grandes inscriptions espagnoles, celle qui contient un fragment de l'ancienne loi municipale de Malaga, sous la domination romaine, mérite surtout d'attirer l'attention des érudits, par son étendue considérable et par les révélations qu'elle apporte à la science épigraphique, autant que par les documents qu'elle ajoute à l'histoire d'une époque encore imparfaitement connue. Depuis que j'ai publié, après M. Mommsen, promoteur principal du litige et premier champion de cette cause [1], mes *Tables de Salpensa et de Malaga* (Paris, 1856, in-8°), plusieurs savants, entre autres M. Zell [2], M. Henzen [3] et M. Van Lier [4], ont reproduit le texte, et même la représentation exacte des deux inscriptions malacitaines. Un généreux citoyen de Malaga, M. Loring, a même fait les frais de la reproduction *fac-simile* des deux bronzes, sur papier fabriqué tout exprès. Un exemplaire en a été offert par lui à notre Académie des inscriptions, et les curieux peuvent le voir à la bibliothèque de l'Institut. De l'autre exemplaire, dont une courtoise politesse a daigné me gratifier, je n'ai cru pouvoir faire un meilleur usage que de le déposer à la bibliothèque de l'École normale supérieure de Paris.

Le fragment retrouvé de la Table de Malaga ne commence qu'à l'article 51 de la loi, et il finit au milieu de l'article 69. On peut présumer que la loi entière était gravée sur cinq Tables d'une dimension égale à celle du bronze subsistant, c'est-à-dire que trois Tables précédaient celle qui nous est parvenue, et qu'une autre au moins lui faisait suite. Mais, telle qu'elle est, la partie qui nous reste n'en est pas moins d'un intérêt immense au point de vue de l'histoire des municipes sous l'Empire, comme

[1] Voir Mommsen, *Die Stadtrechte der latinischen Gemeinden Salpensa und Malaca*, etc. Leipsick, 1855, in-8; et une notice judicieuse de M. Molinier, dans le tome V du *Recueil de l'Académie de législation*, de Toulouse, 1856.

[2] Appendice à son *Handbuch der römischen Epigraphik*, Heidelberg, 1857.

[3] Dans son *Supplément à la collection d'Orelli*, Zurich, 1856, p. 524 et suiv. C'est le meilleure texte à consulter.

[4] *De inscriptionibus Salpensana et Malacitana, Traj. ad Rhen.*, 1865. In-8. Je ne puis omettre les *Studia romana* de M. Zumpt, Berlin, 1859, in-8; ni les observations de M. Rudorff, que je citerai plus tard.

au point de vue de l'archéologie épigraphique. Elle se compose de trois cent cinquante lignes, gravées en cinq colonnes sur une table de cuivre ajustée dans un cadre de même métal, à rainure saillante, ce qui est une particularité remarquable. Le tout mesure 1m,56 de largeur sur 1m,09 de hauteur. La composition d'une inscription de cette importance, au seizième siècle, par un faussaire, qui aurait dû être le plus érudit antiquaire de tous les temps, et qui n'en aurait tiré d'autre satisfaction que de faire enfouir son œuvre, pour trois cents ans, au dire de M. Asher lui-même; les difficultés de l'exécution matérielle du monument, et les frais en pure perte qu'elle aurait coûté, font repousser par le bon sens l'hypothèse d'une fabrication moderne de la *lex Malacitana*, surtout en compagnie de la *lex Salpensana* qui évidemment a la même origine, authentique ou apocryphe.

La date de la *lex Malacitana* est facile à déterminer, d'après la formule du serment prescrit, par l'article 59, aux officiers municipaux nouvellement élus; dans laquelle formule se trouvent rappelés les noms des empereurs romains défunts, jusques et y compris Titus, ensemble le nom de l'empereur actuellement régnant, Domitien : *imperatoris Cæsaris Domitiani Augusti*. A la vérité, du mot *Domitiani*, on n'a laissé subsister que le D initial et la syllabe finale *ni;* le reste a été effacé à l'aide du poinçon, mais on y peut distinguer encore les linéaments des lettres intermédiaires : *omitia*. Or, Domitien a été proclamé empereur en septembre 81 de l'ère chrétienne, et il a été égorgé en septembre 96. On peut remarquer encore que notre inscription ne donne point à Domitien le titre de *Germanicus*, qui lui est généralement attribué à partir de l'an 84, date de sa campagne victorieuse en Germanie [1]. D'où l'on peut conclure d'abord que l'acte est postérieur à l'an 81, surtout si l'on tient compte du trait de temps qu'a dû emporter l'exécution de l'édit préalable que l'on voit indiqué à l'article 23 de la loi de Salpensa, et qui a dû exister aussi pour la loi de Malaga. Il s'ensuit, de plus, que l'inscription est antérieure à l'an 84, et qu'elle était exposée publiquement en l'an 96, lorsque fut exécuté, après la mort de Domitien, le décret du sénat qui ordonnait la suppression du nom de cet empereur sur les monuments publics où il était

[1] Voir Eckhel, t. VI, p. 379 et 396; et Orelli, t. I, n° 766 et suiv.

gravé. Il se présente à cette occasion une preuve convaincante, à mon avis, de la sincérité des deux bronzes de Malaga. En effet, sur celui de la loi de Salpensa, le nom de Domitien n'a point été martelé, ce qu'on peut expliquer par cette supposition, que derrière les montagnes de la Sierra, le décret du sénat contre la mémoire de Domitien, aimée dans la Bétique, n'avait pas été exécuté [1], et que le bronze de Salpensa n'a été transporté que plus tard à Malaga, lorsque les colères politiques dirigées contre Domitien étaient apaisées. Mais, à coup sûr, si les deux bronzes étaient de fabrique moderne, le faussaire n'aurait pas oublié de supprimer le nom de Domitien sur la Table de Salpensa, comme il le supprimait sur la Table particulière de Malaga.

D'après le témoignage du monument lui-même, qui presqu'à tous les chapitres reproduit les mots : *hac lege, hanc legem,* on ne saurait douter que l'acte dont il s'agit ne fût une *Lex*. Mais de quelle espèce de *Lex* est-il question ? Évidemment ce ne peut être d'une *lex publica populi romani*. On sait que le pouvoir législatif des comices fut mis à l'écart sous Tibère : *e campo comitia ad patres translata sunt,* et les velléités rétrospectives de l'empereur Claude n'ont relevé que pour un intervalle très-court les vieilles formes républicaines : la place a été prise désormais par les sénatus-consultes et par les constitutions impériales. Nous n'avons cependant ici ni une constitution de Domitien : il suffit de lire pour s'en convaincre [2]; ni un décret du sénat, qui n'emprunta jamais le nom de *Lex* pour en couvrir les actes de son autorité. Le mot *Lex* conserva, sous l'Empire, les acceptions variées que l'usage ancien du temps de la république avait consacrées [3], et la dénomination de *lex municipii,* pour désigner la coutume, le statut d'une commune, la règle politique ou civile d'un municipe, est une des locutions qu'on trouve le plus fréquemment usitées. Les règlements des corporations s'appelaient aussi *lex collegii* : je ne citerai pour exemple que la grande inscription de Lanuvium, découverte en 1816 [4]. Le bronze de Malaga est donc un

[1] On s'était abstenu de cette *abrasion* en d'autres lieux. Orelli, n° 767.

[2] Dans la Table de Salpensa, on distingue l'*edictum* de la *lex municipii*.

[3] Voir Zell, *Handb. der röm. Epigr.*, I, n° 362; et mes *Tables de Salpensa et de Malaga*, p. 32 et suiv.

[4] Voir Zell, *loc. cit.*, n° 382; Henzen, *Suppl. Orell.*, n° 6086; Mommsen, *De colleg. et sodalit. rom.*, Kil., 1843. In-8.

fragment de loi municipale, du genre des statuts locaux dont il est si souvent parlé dans les écrits des jurisconsultes et des *agrimensores*. De quelle autorité notre loi était-elle émanée?

Sous la république, le soin ou le droit d'en octroyer de semblables était dans les attributions ordinaires des proconsuls, des préteurs provinciaux ou des commandants militaires. C'est en vertu de pouvoirs de ce genre que fut donné, à Capoue, un statut municipal dont parle Tite-Live, et que Pompée régla les coutumes des villes de Bithynie. Pline le Jeune fait mention de cette *lex Pompeia;* Cicéron indique une *lex Rupilia,* provenant de source pareille, dans la Sicile; et les inscriptions témoignent de la mission analogue que remplit T. Q. Flamininus, en Macédoine [1]. On ne pourrait comprendre des lois municipales spécialement et directement émanées des comices de Rome, sous la république : un tel procédé eût été contraire aux usages délibératifs et administratifs du peuple romain; et la Table d'Héraclée ne saurait être citée comme preuve du contraire, puisqu'il est parfaitement admis aujourd'hui qu'elle n'est qu'une parcelle de loi générale. Le plébiscite des *Thermenses* [2] n'a d'autre objet que de sanctionner l'alliance amicale de ces derniers avec les Romains, et de garantir leur indépendance. Ces *leges municipales,* rédigées par des commissaires ou par des magistrats locaux, pouvaient sans doute, en quelques cas, être soumises à l'approbation du sénat romain, auquel appartenait la direction supérieure de l'administration de l'*orbis romanus;* bien entendu que si ces *leges* consacraient une participation au droit de cité romaine, une délibération antérieure ou subséquente du pouvoir souverain, à ce sujet, était nécessaire. Mais, en général, c'était dans le mandat légal de l'*imperator,* ou dans l'autorisation du *collegium,* ou dans le traité (*fœdus*) passé avec le peuple ou la cité, que se trouvaient les principes et les conditions premières du statut municipal. La rédaction était ensuite arrêtée, dans le municipe même, sur ces bases préalables, et souvent une approbation dernière était donnée, ou par le gouverneur de la province, ou par le sénat romain lui-même. Ce qui s'est passé dans les

[1] Voir Boeckh, *Corp. inscr. græc.*, n° 1770; et A. de Jongh, *De T. Quinct. Flaminino*, p. 109 et 157 (Utrecht, 1843. In-8).

[2] Voir Orelli, *Coll. inscript.*, n° 3673; et Haubold, *Mon. legal.*, p. 134.

circonstances parvenues à notre connaissance, et l'inscription de Lanuvium en particulier, justifient ce que j'avance.

Sous l'Empire, lorsque les empereurs eurent concentré dans leurs mains l'ancienne souveraineté populaire, ils donnèrent à leurs *legati* des mandats pareils à ceux qu'avaient reçus jadis L. Furius pour Capoue, Rupilius pour certains cantons de la Sicile, Flamininus pour la Macédoine, et Pompée pour les villes de l'Asie Mineure ; et de ces *legati* émanèrent quelquefois des règlements municipaux. Ce qui n'empêchait pas les empereurs d'octroyer directement, sur le rapport des gouverneurs, des priviléges spéciaux à certains municipes. Sylla, dictateur, l'avait déjà fait pour Pouzzoles ; Galba le fit pour Digne[1] ; un autre empereur pour *Concordia ;* Vespasien pour les *Vanacini*. Les *agrimensores* citent souvent le *municipii privilegium*[2]. Mais nous voyons, dans Pline le Jeune, que Messius Maximus fut envoyé dans la province d'Achaïe, *ad ordinandum statum liberarum civitatum;* et l'on peut lire, dans les *Œuvres épigraphiques* de Borghèsi, ses observations à propos d'inscriptions qui constatent des actes proconsulaires de ce genre[3]. Pour la ville de Malaga, il est à présumer que, à l'exemple de ce qui est indiqué pour Salpensa, des édits de Vespasien, de Titus et de Domitien ont accordé un privilége, ou conféré le droit à des délégués spéciaux de rédiger le statut communal, et d'en déterminer certaines concessions, telles que l'acquisition du droit de cité romaine, par l'exercice des charges municipales[4].

Ces statuts ou lois municipales devaient donc être rédigés et gravés au chef-lieu de la province ou même dans les cités ; et c'est ce qui explique divers provincialismes et les irrégularités d'orthographe, avec les erreurs grossières qui étonnent et troublent l'esprit érudit de M. Asher, lequel oublie que tous les monuments municipaux parvenus jusqu'à nous sont couverts de singularités de ce genre. Il n'y a qu'à parcourir le chapitre : *Res*

[1] Voir Guichard, *Essai sur le Cominalat de Digne* (1846, Digne. 2 vol. in-8).

[2] Voir Frontin, *Controv. agr.*, 19, 4, Lachmann. — Cf. Orelli, *l. c.*, n° 4031 ; Fronton, *Ad amicos*, 2, 11 ; Pline, *Hist. nat.*, III, 5, *fin.*, Weise ; Plutarque, *Sylla*, 37, Reiske.

[3] Henzen, *loc. cit.*, n° 6483 et suiv. — *Plin. Jun. Epist.*, VIII, 24, etc.

[4] Voir l'article 23 de la *Loi de Salpensa*, et mes observations sur cet article.

municipalis, d'Orelli. Aussi les fautes de gravure de nos tables espagnoles n'ont surpris aucun épigraphiste de profession, et pas un d'eux n'en a induit la fausseté des inscriptions. Nous avons la certitude que les choses se passaient comme je l'ai dit, par le témoignage d'irrécusables monuments. Ainsi, voilà une immunité accordée par un rescrit des empereurs Sévère et Antonin à une cité des bords du Dniester; le marbre en a été trouvé il y a peu d'années, et l'inscription recueillie dans les *Mémoires de la Société des antiquaires d'Odessa*[1]; le rescrit constate d'abord la requête locale, puis le rapport favorable du gouverneur; et le diplôme impérial est expédié de Rome à ce dernier, qui en délivre à son tour ampliation à la cité intéressée. N'est-il pas évident que le marbre trouvé sous les ruines de cette ville a été gravé sur les lieux mêmes, à la diligence et par les soins du municipe?

On lit, sur le marbre qui reproduit la *lex collegii salutaris*, de *Lanuvium*, et en tête de l'acte, la mention de la convocation du *collegium* par le dictateur municipal; puis l'extrait du sénatus-consulte autorisant l'association, et enfin les statuts proposés par le dictateur et adoptés par l'assemblée. Il est évident que les premières tables de la *lex Malacitana* devaient contenir des mentions analogues; et quant à la destination de la *lex* au municipe de Malaga lui-même, le texte de l'inscription ne laisse aucun doute à cet égard.

La ville actuelle de Malaga fut jadis, sous le nom plus dur de *Malaca* ou *Malacha*, l'une des cités les plus florissantes de l'Espagne romaine. Elle tirait son origine d'une colonie phénicienne, et l'on sait qu'il y en avait beaucoup sur cette côte[2]. Dès l'âge le plus reculé, Malaga fut renommée par son commerce et par son industrie[3]. Pline la nomme au nombre des trois *civitates fœderatæ* de la Bétique qui furent admises, après la conquête romaine, à jouir d'une condition d'indépendance analogue à celle des villes libres, peut-être même plus favorable pour Malaga, selon les indices de notre grande inscription,

[1] Voir Henzen, *loc. cit.*, n° 6429; et Zell, *Append. cit.*, p. 19-20.

[2] *Oram eam universam originis Pœnorum*, dit Pline l'Ancien, III, 3. — Cf. Strabon, III, 4, 2, Casaubon; et Avienus, *Perieg.*, V, 427.

[3] Voir Forbiger, t. III; et Mommsen, *Die Stadtrechte*, etc., où sont rapportées d'intéressantes particularités.

comme nous le verrons plus tard. Il est probable que Malaga jouissait encore des avantages de ce *fœdus*, à l'époque où le grand naturaliste écrivait la description géographique de l'Espagne, dans son *Histoire naturelle*, puisqu'il ne la comprend dans aucun des *conventus juridici*, ou ressorts de jurisdiction de l'administration romaine, dont il donne pourtant le dénombrement exact : omission qui ne saurait être attribuée à l'erreur des copistes. Malaga possédait donc alors probablement encore sa jurisdiction propre, autonomique ou d'adoption, et n'allait point *jura quærere*, comme dit Pline [1], au chef-lieu d'Astigi, dans la circonscription physique duquel elle était vraisemblablement située, et où, plus tard, elle dut aller demander justice pour les causes d'une certaine importance. Cependant Pline mentionne la collation du droit de Latinité, par Vespasien, à toute l'Espagne. Mais il est à croire que la *respublica malacitana* [2], bien qu'elle eût pris le surnom de Flavienne, comme d'autres municipes espagnols, ne se pressa point de profiter de la concession de Vespasien, dont elle devait tirer en réalité peu de bénéfice, car la qualité de *civitas fœderata* lui assurait plus de liberté que celle de Municipe, qu'elle prit sous Domitien, et dont la qualification fut appliquée ultérieurement à toutes les cités de l'Empire et aux colonies elles-mêmes, lorsque la condition de toutes fut devenue à peu près égale [3].

Sur la condition générale des *civitates liberæ et fœderatæ*, nous possédons deux documents précieux, auxquels les historiens du droit ont fait peu d'attention, du moins chez nous, parce que Sigonius ne les a pas connus ou ne les a pas cités [4], et qu'en général nous avons vécu, pendant trois siècles, sur ce que Sigonius a écrit en ces matières. Le premier est le plébiscite des *Thermenses*, en Pisidie, de l'an 682 de Rome : monument qui jette une lumière véritable sur la condition politique de ces villes

[1] *Loc. cit.* — *Jura in Beticam petere jussa*, dit-il ailleurs d'une autre cité, V, 1. Cf. Orelli, *inf. cit.*

[2] Voir Orelli, n° 5040; Henzen, n° 6928; et Léon Renier, *Mélanges d'épigraphie*, p. 86-94. — On disait aussi *Respublica collegii*.

[3] Voir Roth, *De re municipali*, p. 19, etc. Depuis 1801, on n'a rien fait de mieux, sur ce sujet, que cet excellent petit volume.

[4] Voir Sigonius, *De antiquo jure Italiæ*, liv. II, chap. XIV, dans ses œuvres complètes, de l'édition de Maderni.

anciennes, et où l'on peut lire, entre autres clauses, les suivantes : IEI OMNES, POSTEREIQUE EORUM THERMENSES MAJORES PEISIDIÆ, LEIBERI, AMICEI, SOCIEI QUE POPULEI ROMANI SUNTO, EIQUE LEGIBUS SUEIS ITA UTUNTO. ITAQUE IEIS OMNIBUS SUEIS LEGIBUS... UTEI LICETO [1]. Cet état politique des cités libres ou *fœderatæ* a été maintenu sous l'Empire. Un second document, parfaitement d'accord avec le premier, nous en donne la certitude : c'est un fragment du jurisconsulte Proculus, qui vivait, comme on sait, quelques années avant Domitien et sous Caligula. *Non dubito,* dit-il, *quin fœderati et liberi nobis externi sint... quum et illi apud nos et libertatem suam, et dominium rerum suarum æque, atque apud se, retineant, et eadem nobis apud eos contingant. Liber autem populus est is, qui nullius alterius populi potestati est subjectus, sive is fœderatus est, item sive æquo fœdere in amicitiam venit, sive fœdere comprehensum est, ut is populus alterius populi majestatem comiter conservaret; hoc enim adjicitur, ut intelligatur alterum populum superiorem esse, non ut intelligatur alterum non esse liberum... At fiunt apud nos rei ex civitatibus fœderatis, et in eos damnatos animadvertimus* [2]. Il serait inutile, pour le sujet que nous traitons, de rechercher la nuance qui séparait les *liberæ* des *fœderatæ civitates*. On voit très-bien en quoi elles se rencontraient, et cela nous suffit.

Telle était donc la condition civile et politique de la cité de Malaga, sous les Romains et avant Vespasien : subordonnée politiquement, mais libre civilement, et vivant en son autonomie, soit au point de vue de la police intérieure, soit au point de vue du droit civil des personnes et des choses. Si le *fœdus* l'assujettissait à une métropole, ou à une domination supérieure, ce n'était pas en son état de liberté municipale et civile. Or, nous savons qu'après la guerre sociale, plusieurs *civitates fœderatæ* d'Italie avaient hésité à changer leur liberté propre, fixée par les traités, contre la participation au droit de cité romaine [3]; à

[1] Voir M. Dirksen, *Versuche zur Kritik u. Ausleg. d. Quellen,* etc., Leipsick, 1825, p. 136 et suiv. Ce plébiscite de l'an 682 y est parfaitement expliqué. Cf. Orelli, n° 3673.

[2] Fr. 7, Dig., 49, 15. La Vulgate a la fausse leçon : EXTERNI NON SINT. Voir Kriegel, *ibid.*, et Gebauer, *ibid.* Le Ms. de Rehdiger concorde avec celui de Florence, et porte *extranei sunt.*

[3] Voir mon *Histoire du droit romain,* et mes *Tables de Salpensa et de Malaga,* p. 117.

plus forte raison, les villes libres et alliées de l'Espagne purent-elles regretter leur vieille indépendance en recevant le droit de Latinité, même dans de meilleures conditions que celles du droit commun. Quoi qu'il en soit de cette conjecture, il est certain que la jouissance du droit de Latinité, pour Malaga, ne fut réglée par un statut municipal qu'au temps de Domitien, c'est-à-dire au moins dix ans après l'époque où Vespasien en octroya la concession : c'est le témoignage de notre table de bronze ; et ces diverses circonstances réunies expliquent à la fois les avantages qui furent faits à cette ville, et certaines dispositions dont nous ferons, en leur lieu, ressortir le caractère.

Malaga n'avait jamais reçu de colonie italique, du moins par officielle *deductio* : il n'y en a pas trace dans l'histoire ; mais, dès le temps de Cicéron, les habitudes romaines, importées par l'affluence des Italiotes, avaient fait de si grands progrès dans cette partie de l'Espagne, comme dans le nord de l'Afrique, qu'on pouvait s'y croire, sans illusion, au milieu de la civilisation latine. On se souvient de ce que Cicéron en dit dans le discours *Pro Balbo*, où M. Asher imagine que le fabricateur de notre table a pris deux ou trois mots. On sait le langage que César a tenu aux Espagnols de ce pays; on sait le soin que prit Auguste d'augmenter leurs priviléges, et la faveur dont ils furent l'objet, sous les empereurs de la dynastie flavienne. Du reste, les monuments épigraphiques parvenus jusqu'à nous attestent la prospérité du commerce de Malaga pendant la période impériale de la domination romaine. Malaga s'enrichissait par ses relations avec les peuples d'Afrique, et surtout par l'industrie de l'exportation du poisson salé. Strabon et d'autres géographes anciens en font mention, et un grand nombre d'inscriptions témoignent de l'attachement des Malacitains à leur patrie [1].

A cette occasion, je dois dire quelques mots d'un système qui s'est produit timidement il y a dix ans, après que l'idée de la fabrication moderne des bronzes de Malaga eut été généralement reconnue comme inadmissible : système qui n'a fait que naître et mourir, et qui était intermédiaire entre celui du faux moderne

[1] Voir Cean Bermudez, *Sumario de las antigued. rom.*, etc., Madrid, p. 316-18 ; Forbiger, t. III de sa *Géographie de l'antiquité*; l'*España Sagrada* de Florez; Orelli, n° 5040, et L. Renier, *Mélanges d'épigraphie*,

et celui de la vérité antique. D'après cette vue nouvelle, nos inscriptions seraient réellement anciennes; mais elles auraient été fabriquées et supposées comme authentiques, à l'époque même où elles auraient été exposées à Malaga. En d'autres termes, les municipes de Salpensa et de Malaga se seraient attribué une fausse charte de commune, qu'ils auraient fabriquée, comme on a fabriqué de faux diplômes au moyen âge. Ce système, qui ne s'appuyait que de l'imagination de son auteur érudit, n'était pas plus acceptable que celui de la fabrication moderne, et personne n'a songé à le prendre au sérieux. L'antiquité des monuments de Malaga étant incontestable aux yeux d'un archéologue, et même d'après les données du simple bon sens, la nouveauté de certains faits révélés par eux ne pouvait suffire pour supposer un faux aussi extraordinaire commis dans l'antiquité même. On citait comme exemple les inscriptions de Fourmont; mais jamais on n'a soupçonné ces inscriptions trop fameuses d'être de fabrique ancienne : je ne crains pas même d'avancer qu'il n'y a pas d'exemple dans l'antiquité d'une fabrication de ce genre dont la mémoire soit venue jusqu'à nous [1]. Les originaux des inscriptions de Fourmont n'ont jamais été représentés. Il a été dupe d'un industriel intéressé, du genre de celui qui, de nos jours, a trompé, pour des manuscrits grecs, les conservateurs de la Bibliothèque royale de Berlin.

Pline a pu écrire à Trajan qu'on présentait quelquefois au proconsul de Bithynie des diplômes suspects ou altérés, comme émanés de la chancellerie romaine; et Pline demandait quelquefois qu'on vérifiât les originaux, au *tabularium* impérial, avant de statuer sur les requêtes. Mais il s'agit, dans Pline, d'ampliations inexactes, ou de copies falsifiées, dont se prévalaient des individus intéressés, et non de bronzes faux exposés en public sous les yeux de l'autorité, ni de lois municipales audacieusement affichées comme authentiques, ou comme approuvées par l'administration supérieure, tandis qu'elles ne l'étaient pas. Nous voyons, par les fragments insérés au Digeste de Justinien, *De lege Cornelia* (48, 10), que des peines sévères étaient infligées aux coupables qui altéraient les registres et actes municipaux. La production d'un bronze faux, sur un

[1] Voir Zell, *loc. cit.*, II, p. 352 et suiv., et Zumpt, *De Laur. Lavin.*, p. VI.

sujet si important, sous les yeux d'un gouverneur de province, dans une ville fréquentée par des milliers de voyageurs étrangers, et sous le règne d'un empereur aussi peu débonnaire que Domitien, est une hypothèse impossible. Les fausses chartes du moyen âge, les fausses décrétales, étaient supposées venir d'une époque reculée, où l'ignorance publique ne pouvait aller compulser les originaux, comme Pline aux archives de la capitale. Mais notre bronze a été publiquement exposé à l'époque même dont il porte la date, puisque le nom de Domitien y a été effacé en exécution du décret du sénat. Il n'a pu être fabriqué à une époque postérieure de l'Empire romain, car il règle des matières qui ont cessé d'être en usage à la fin du second siècle, telle que celle des élections populaires dans les municipes. La Constitution célèbre de Caracalla a rendu inutiles plusieurs autres dispositions de la loi de Malaga; et enfin l'introduction du christianisme dans le gouvernement de l'Etat rend inacceptable la supposition que le faux ait pu être commis après l'avénement de Constantin, car l'inscription est bien certainement l'œuvre d'un païen. D'ailleurs elle est rédigée en un style qui n'est évidemment pas celui du troisième ou du quatrième siècle. Advenant l'invasion des barbares, la fabrication n'avait plus d'objet plausible, et quel eût pu être, dans ce temps-là, le rédacteur capable de fabriquer des inscriptions de cette importance et de ce caractère? Poser une telle question, c'est la résoudre; elle ne soutient pas l'examen.

Nous avons, il est vrai, des inscriptions suspectes ou interpolées; mais ce sont en général des inscriptions courtes, recueillies par les érudits du seizième siècle, à nous transmises par des copistes inintelligents ou infidèles, et dont les originaux sont perdus ou ne sont pas représentés[1]. Quelques-unes ont cependant été interpolées par les anciens eux-mêmes, comme cette inscription sépulcrale où un malin a glissé des méchancetés contre le défunt[2]. D'autres exemples de ce genre n'ont aucune portée et ne peuvent tirer à conséquence[3]. Je conviens qu'on pourrait suspecter une correction ou une intercalation intéressée sur un bronze ou sur un marbre antique, et reporter le

[1] Voir Orelli, t. I, p. 41, v° INTERPOLATÆ.
[2] Voir Orelli, t. II, n° 4912.
[3] Voir Henzen, *Suppl. d'Orelli*, p. 28, n° 186; p. 494, n°s 6521 et 7004.

soupçon jusqu'aux anciens. Tel est un cas dont parle Suétone[1]; mais nous sommes bien loin d'une pareille hypothèse, puisqu'il s'agit de la fabrication frauduleuse d'un acte public tout entier, qui n'aurait pas eu moins de vingt-cinq colonnes d'étendue, gravé sur cinq ou six tables de bronze, pesant environ 500 kilogrammes, avec une province toute entière pour complice du faux. Le faux antique est impossible.

Le faux moderne l'est tout autant. M. Asher en tire l'induction de certains arguments de détail auxquels nous renvoyons de répondre, jusqu'à l'explication des textes mêmes de la loi malacitaine, d'où le critique a tiré ses objections. Il est d'autres objections qui ont un caractère de généralité, ou qui se rattachent à des observations critiques qu'on aurait pu croire épuisées, entre autres celle du signe ℞ (*rubrica*) pour marquer les têtes de chapitre destinées à être peintes en rouge. Je ne veux pas répéter ici ce que j'ai dit à ce sujet dans mes *Tables de Salpensa et de Malaga*, bien que M. Asher n'y ait pas répondu un seul mot. Mais comment peut-il affirmer de nouveau que nos monuments espagnols *sont les seuls* sur lesquels on trouve cette indication de peinture, empruntée, selon nos adversaires, par le fabricateur moderne, aux manuscrits du moyen-âge. Les érudits familiers avec l'épigraphie savent que, pour les inscriptions comme pour les manuscrits, le signe R indiquait au coloriste, qui venait après le graveur ou le *scriba*, quels étaient les mots, les phrases qui devaient être peints en rouge, afin de frapper la vue, par l'éclat d'une couleur brillante, à chaque changement de sujet, ou à chaque commencement de chapitre, sur le bronze ou sur le marbre. Cette peinture était même indispensable, dans les inscriptions d'une certaine étendue, pour faciliter l'intelligence et soutenir l'attention du lecteur : car les anciens ne ménageaient souvent aucun intervalle, ou n'admettaient qu'un intervalle insuffisant, entre la fin d'un chapitre ou d'une phrase et le commencement d'un autre. Quelquefois même toute l'inscription était passée en couleur. Pline l'Ancien nous dit que *minium.... clariores litteras, vel in auro*, VEL IN MARMORE, *etiam in sepulcris facit*[2]. Il est question de *tabulæ cerussatæ*, dans le

[1] Suétone, *Cæsar*, 28.

[2] Voir Pline, *Hist. nat.*, XXXIII, 40. Des lettres rouges se distinguent encore, dit-on, au tombeau des Scipions. Orelli.

Code Théodosien[1]; et les savants connaissent les fragments d'anciens *kalendaria*, gravés sur marbre, qui sont parvenus jusqu'à nous, et dont le texte lui-même apprend qu'après la gravure ils étaient livrés à un ouvrier *ad pingendum*, et que les points remarquables, comme l'indication des *nundinæ*, étaient rehaussés en couleur[2]. De la pratique *picturale* sur les planches métalliques, ou sur le marbre, à l'indication par un signe au coloriste, il n'y a qu'un pas. Elle était d'usage sur les manuscrits, parce qu'elle avait été jadis appliquée aux inscriptions. Il est probable que les copistes l'ont empruntée aux graveurs sur marbre ou sur métal, car les copistes se sont attachés, dans les temps reculés, à reproduire la forme des lettres gravées et les usages épigraphiques. Je ne reproduirai pas les témoignages de Juvénal, de Perse et de Prudence, que j'ai cités ailleurs et que M. Asher aurait pu discuter[3]. La *rubrica* des tables de Malaga et de Salpensa ne cause donc aucune surprise aux antiquaires exercés. Nos tables fussent-elles seules à indiquer une peinture initiale en rouge, on ne pourrait en conclure que les monuments sont apocryphes, car les pratiques de l'antiquité ont été variées à l'infini, et nul ne peut se flatter de les connaître au complet, quelque érudit qu'il soit. Il en est de la *rubrica* comme du *civitate romana mutatus* que M. Asher n'a rencontré aussi que dans nos tables, comme si, après avoir lu *familia mutati* dans un fragment du Digeste[4], on pouvait s'étonner de trouver quelque part *civitate mutatus :* locution que, du reste, M. Asher applique par erreur au changement de résidence, tandis qu'il s'agit ici du *jus civitatis*, ce qui renverse toute son argumentation. M. Dirksen en avait fait la remarque avant moi.

M. Asher revient aussi sur la *tutoris optio* de la Table de Salpensa, et la trouve tout simplement absurde. Il lui paraît extravagant qu'à Salpensa les enfants choisissent eux-mêmes leurs tuteurs, et cette folie lui semble un indice irrécusable de l'ignorance du rédacteur et de la fausseté de l'inscription. Avant

[1] *Const. de Constantin de* 315. Voir J. Godefroi, *ibid.*, IV, p. 198, Ritter.

[2] Voir Orelli, t. II, p. 379, 406, *ubi Morcelli cit.*, etc.

[3] Voir Zell, *loc. cit.*, II, p. 27, *ubi Borghesi cit.*

[4] Fr. 7, *princ.* ff., IV, 5, *De cap. minut.*, où, dans la Vulgate, on avait imprimé : *familia mutata*. Cf. Dirksen, dans les Mém. de l'Acad. de Berlin, 1856, p. 692.

de discuter encore ce texte, sur lequel je croyais avoir tout dit, je rappellerai à M. Asher qu'il y avait d'autres législations où les enfants choisissaient eux-mêmes leurs tuteurs : qu'il se souvienne des *Établissements de saint Louis*, de quelques-unes de nos anciennes coutumes françaises, et des vieux usages de son pays lui-même, de la patrie allemande; il y trouvera la singularité qui lui paraît incroyable. La *tutoris datio* du chapitre XXIX de la loi de Salpensa est aussi l'objet d'une attaque de M. Asher. Toute la matière de la tutelle romaine me semble bouleversée par cette polémique du savant *privat docent* d'Heidelberg. M. Dirksen et M. Rudorff avaient tenu plus de compte des réponses déjà faites à M. Laboulaye, à ce sujet. Il est vrai que M. Asher se place à un autre point de vue que mon éminent contradicteur français; mais ses arguments nouveaux ne me paraissent pas plus plausibles, et l'on me permettra de rétablir la bataille sur un point aussi intéressant de l'histoire du droit, avant de passer à l'explication de la Table de Malaga elle-même.

Tout le monde se souvient que le texte du chapitre XXII du fragment de la loi de Salpensa est ainsi conçu : *Qui quæve, ex hac lege, civitatem romanum consecutus consecuta erit,* IS EA *in ejus, qui civis romanus hac lege factus erit, potestate, manu, mancipio, cujus esse deberet, si civitate mutatus mutata non esset, esto, idque jus tutoris optandi habeto, quod haberet, si a cive romano ortus orta, neque civitate mutatus mutata esset.*

On voit que cette rédaction complexe a pour objet de décider que celui ou celle qui, dans la ville latine de Salpensa, passait de l'état de latinité à la jouissance du droit de cité romaine, conservait néanmoins dans la ville latine son ancien état personnel; c'est-à-dire que le changement d'état politique n'avait aucune influence sur l'état civil et privé de sa famille; et que, par conséquent, le droit latin de la *patria potestas* préexistante, de la *manus*, d'où dérivait la *tutoris optio*, et de la condition intermédiaire et transitoire du *mancipium*, n'éprouvaient aucune altération par l'effet de l'acquisition du *jus civitatis romanæ* de la part du *pater familias*, citoyen latin du municipe de Salpensa; que, par conséquent, le père ne perdait point ses droits antérieurs par l'effet de ce changement de son état, et que les enfants ne passaient point, de leur côté, sous une puissance, *potes-*

tas, autre que celle du droit latin, lequel était un droit acquis pour eux.

Or, en lisant ce texte, et au premier aperçu, l'on pourrait croire que l'attribution de la *tutoris optio*, c'est-à-dire la faculté de se choisir un tuteur, qu'on sait être accordée à la femme romaine ou latine soumise à la tutelle perpétuelle, faculté dont le but était de mitiger la condition pénible de la *tutela muliebris*, était appliquée, dans les municipes espagnols, à la femme libérée de la *manus* maritale, autant qu'à l'impubère lui-même ; c'est-à-dire encore que la *tutoris optio* aurait été donnée, en ce dernier cas, à un individu parfaitement incapable de faire un pareil choix avec discernement. Mais en reportant son souvenir aux pléonasmes des chancelleries, aux habitudes épigraphiques des Romains, et en considérant avec attention la contexture de la phrase malacitaine, il demeure évident que le *jus tutoris optandi* s'applique non pas cumulativement à l'IS, EA, dont il est parlé dans ce chapitre, mais disjonctivement et hypothétiquement à l'un des deux, à l'EA seule, de même que le mot MANU, qui précède, ne s'appliquait point aux deux individus, l'impubère et la femme, mais à l'un d'entre eux seulement. Ainsi, le *jus optandi* ne pouvait et ne devait, comme la *manus* dont il est question, s'entendre que de la femme latine, et non pas de l'impubère mâle en même temps. C'est l'impression que la lecture de ce chapitre de la loi avait produite sur les esprits non prévenus, et le soupçon de folie ou de mystification, qu'on a voulu répandre sur ce texte embarrassé, s'était évanoui à cette simple explication. Ni M. de Savigny, ni M. Dirksen, ni M. Rudorff ne gardaient le moindre doute à cet égard, lorsque j'eus l'honneur de les entretenir, à Berlin, en 1855. Tel avait été aussi, du premier coup, mon sentiment bien arrêté. Mes collègues les plus autorisés en ces matières, à la Faculté de Paris, partagèrent mon impression, et M. Zell en a plus tard démontré la vérité [1].

Plus tard, il m'avait paru qu'indépendamment de cette interprétation naturelle, le *jus optandi tutorem* de Salpensa pouvait être entendu aussi de la *petitio tutoris*, et, par conséquent, *optare* être pris pour équivalent de *petere*, présenter requête, au lieu de choisir, et s'appliquer ainsi à l'IS, EA, du chapitre XXII, au lieu

[1] Voy. l'*heidelberger Jahrbucher der litteratur*, n° 33, 1856, p. 527.

d'être limité à la femme *in manu*, comme dans la première interprétation. La théorie de la *petitio tutoris*, délicate et obscure dans l'ancien droit romain, aurait été, d'après cette idée, l'un des objets du chapitre XXII de la loi de Salpensa. Entre les deux explications, mon jugement pouvait hésiter; je crois cependant la première plus plausible.

Tel était donc l'état de la question entre M. Laboulaye et moi, lorsque M. Laferrière est intervenu dans la controverse, avec un avis moyen qui mettait les contendants hors de cour, dépens compensés. Il proposait, avec une ingénieuse habileté, à la page 168 du tome VI de l'*Histoire du droit français*, d'admettre que l'*optio tutoris* par le pupille, mâle ou femelle, aurait été reçue en droit romain, au moins dans les provinces. La preuve en était, à ses yeux, dans le chapitre XXII de la Table de Salpensa, qui devait être entendu littéralement; et la confirmation s'en trouvait, devinez où?... Dans un chapitre des *Établissements de saint Louis*.

Après avoir analysé la jurisprudence des *Établissements*, en matière de garde noble et de majorité féodale, il s'exprimait ainsi : « Le coutumier est majeur, quand il a passé quinze ans, pour tenir bien de roture [1]; et le droit quant à sa tutelle diffère essentiellement du droit féodal. Le *bail en vilenage* ou la tutelle des coutumiers (qu'on a depuis appelée garde bourgeoise) n'admet pas la distinction relative à la garde noble : celui qui doit avoir la terre peut avoir la garde des enfants; la coutume ne se défie pas de lui [2]; et ce qu'il y a de remarquable, en outre, c'est que les enfants mineurs, sans distinction de sexe, peuvent faire option de tuteur; les enfants mineurs, dit l'article 137, *peuvent aller à un de leurs amis, selon qu'il leur plaît mieux*. Ainsi donc, l'*optio tutoris*, qui a existé dans le droit romain, après l'abrogation de la tutelle légitime des femmes, était dans la Gaule romaine applicable à l'enfant mâle comme à la fille; et ce qui a paru, dans les tables nouvellement découvertes de Malaga et de Salpensa, une institution difficile à combiner avec le droit romain, était pratiqué par les coutumiers ou roturiers des *Établissements de saint Louis* qui, dans ce cas, reproduisaient évidemment une ancienne tradition. La disposition du chapitre XXII

[1] Voy. les *Etabliss.*, I, 142.
[2] *Établiss.*, I, 137, de l'édit. de Saint-Martin.

de la loi de Salpensa, qui pouvait être l'objet d'un doute sérieux, trouve sa confirmation dans le chapitre CXXXVII des *Établissements;* et les deux monuments combinés prouvent que l'*option de tuteur* a été commune, dans les provinces, aux pupilles masculins et féminins, dès le premier siècle qui a suivi la chute de la tutelle perpétuelle des femmes; qu'elle a passé dans les mœurs gallo-romaines, et que de là elle s'est perpétuée jusque dans les usages du moyen âge. »

J'ai des doutes sérieux, je l'avouerai, sur cette confirmation de l'authenticité de la loi latine de Salpensa par les *Établissements de saint Louis;* mais j'en conviens, sans hésiter aussi, M. Laferrière n'est point en défaut, quand il proclame que la coutume française du treizième siècle reproduit *une ancienne tradition*. Je crois seulement que cette tradition est germanique et non romaine; qu'elle vient du Nord et non du Midi. Je n'en signale pas moins la sagacité de M. Laferrière, qui s'est hardiment appliqué à l'explication d'un chapitre des *Etablissements* demeuré jusqu'à ce jour lettre close pour tout le monde.

Voici le texte de l'article 137 du livre Ier des *Etablissements*. Je l'emprunte au manuscrit de Vaudémont, plus tard de Harlai, nº 414, du fonds de Saint-Germain, à la Bibliothèque impériale. Il est de la fin du treizième siècle même, et il donne une leçon importante que je ne trouve pas dans les imprimés.

De Bail en vilenage.

« Nul home coustumier na baillie dautrui enfant se en une « maniere non que ie vous dirai. Que se uns hom et une fame « morroient, cil qui doit auoir le retor de la terre si porroient « bien tenir les enfanz tant qu'il porroient aler a un de leurs au- « tres amis, se il leur gree miex, ou a un autre estrange. Ils « iroient bien se eulz vouloient et eus et leurs terres; et cil a « qui eulz seront ale si doiuent tenir les choses en bon estat; et « se eus ne le faisoient ils seroient tenuz a lamender quant il « seroit partiz de lui; mes il ne rendroit nules des issues de la « terre, de tant come il auroit este el lieu, et ainsi na nul home « coustumier bail denfant se nest son pere ou sa mere, puis que « il set dire auquel il li plest miex a aler de ses amis. »

Ainsi, pendant que la coutume féodale défendait, dans un icle des *Établissements* (art. 117), de commettre la

garde du pupille, tenancier noble, à celui qui était destiné à lui succéder par la proximité du sang, de peur, comme dit un vieux praticien, que la convoitise ne fit faire à ce dernier la garde du loup ; la même coutume ne craint pas de livrer à ce danger le pupille qui tient la terre en vilenage. Mais il y a quelques correctifs à cette loi. Elle accorde au pupille roturier, dès qu'il commence à se connaître, la liberté de quitter son premier tuteur et d'en choisir un autre, plus à son gré, parmi ses parents ou amis, en allant demeurer chez lui. Seulement, ce dernier tuteur a, comme le premier, l'usufruit de la terre en indemnité de ses soins de tutelle. Enfin, dans un autre chapitre, la coutume émancipe le roturier à un âge plus précoce que le tenant fief. Le gentilhomme n'est majeur qu'à vingt ans. Le rôturier est capable à quinze ans de posséder lui-même en vilenage, de tenir service de seigneur et de porter garantie. Il est majeur cinq ans plus tôt que son seigneur.

Il suffit, ce me semble, de la simple réflexion pour reconnaître l'impossibilité d'une tradition de la *tutoris optio*, en cet article 137 des *Établissements*. Il y a, dans le droit romain, deux genres de tutelle dont le caractère, comme les effets, sont de tout point différents, et dont il n'est pas permis de confondre les traits, soit pour le fond, soit pour la forme ; je veux parler de la tutelle des impubères, de tout sexe, et de la tutelle des femmes proprement dite, qui commence pour elles à l'âge où finit la tutelle pupillaire, pour ne cesser qu'à la mort, ou pour faire place à la puissance de l'époux, la *manus*, quand la femme y est postérieurement soumise. La tutelle des impubères est une institution nécessaire, née de la condition même de l'humanité, plus ou moins perfectionnée, selon les progrès de la philosophie du droit et l'état de la société civilisée ; c'est un devoir de famille en même temps qu'une obligation sociale. Les Romains ont accompli l'un et l'autre au point de vue des anciens, et selon les intérêts, les idées et les mœurs de la société romaine. La tutelle des femmes était une institution arbitraire, purement politique, dont le but était de subordonner avec plus ou moins de rigueur, selon les temps, la condition civile de la femme à l'intérêt des familles ; et l'on sait que le système organique de la famille était la base du système politique des Romains de la république. L'effet principal de la *tutela muliebris* était donc d'empê-

cher la dissipation et l'aliénation des biens de la femme, qu'on voulait conserver dans le patrimoine agnatique des familles[1]. La tutelle des impubères, même celle des agnats, était une tutelle d'administration et de protection, dont l'objet principal ou ordinaire était de veiller à l'intérêt de l'incapable. La tutelle des femmes était une tutelle de *veto*, toute à l'avantage des tuteurs en général, imaginée et combinée moins pour protéger la femme, ou pour gérer sa fortune, que pour compléter son exclusion de toute aptitude politique, par l'incapacité de disposer de ses biens et de compromettre sa fortune (cf. Gaius, II, 85).

Il est facile de comprendre comment, en partant de principes si divers, ces deux tutelles produisaient des effets dissemblables, quoique ayant accidentellement quelques qualités communes, au moins en apparence; par exemple, les deux tutelles pouvaient être testamentaires, légitimes, magistrales ou datives et fiduciaires. Ainsi la *tutela muliebris*, au moins la *legitima*, était un droit susceptible d'être classé dans la fortune privée, un avantage appréciable des tuteurs eux-mêmes, qui, héritiers présomptifs de la femme, et principalement institués pour veiller sur la conservation de la succession future, par l'exercice d'un *veto* contre lequel il n'y avait aucun recours, c'est-à-dire par le refus absolu de l'indispensable *auctoritas*, n'étaient astreints à aucun *tutelæ judicium*, puisqu'ils n'étaient ni gérants, ni comptables, et qu'ils pouvaient aliéner le bénéfice de leur tutelle à un parent du degré subséquent, même à un étranger, par une *in jure cessio*. Aussi, l'acceptation de la *tutela muliebris* était volontaire et libre pour le tuteur, tandis que celle de la *tutela impuberum*, légalement déférée, était charge publique, obligatoire pour tout citoyen, à moins d'excuse légitime et justifiée.

La *tutela muliebris* engagea donc une lutte intime et permanente entre la femme aspirant à l'indépendance civile, et le tuteur, présomptif héritier, défendant une situation intéressée, un droit contre nature et presque odieux. Cette lutte, plus prononcée à mesure que la société devenait plus délicate, et son esprit

[1] *Neque feminam neque pupillum sine tutoris auctoritate rem mancipi alienare posse...* Gaius, II, 80. Voir, à ce sujet, et dans cette *Revue* même, une dissertation remarquable de M. de Fresquet, dont l'idée première me paraît fort juste, bien que je n'adopte pas complétement tous les développements qu'il lui donne.

plus cultivé, devait nécessairement tourner au profit de la femme. La *tutela muliebris* perdit graduellement sa raison d'être dans l'opinion : *feminas... in tutela esse, fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur*, dit Gaïus. Les jurisconsultes philosophes l'attaquèrent avec l'arme puissante de la raison. Mais, comme les Romains étaient un peuple vraiment politique (*tu regere imperio populos...*), le peuple le plus conservateur qui fût au monde, et que le respect des lois nationales était chez lui une affaire de cœur en même temps qu'une affaire de bon sens (*O jus eximium nostræ civitatis...*, s'écriait Cicéron), on ne proposa point, sous la république, de donner un démenti au passé, ni d'abolir la tutelle des femmes, quand on pouvait s'en dispenser. Mais la souplesse des jurisconsultes se chargea, dans l'intérêt de la liberté humaine, d'inventer les moyens de détourner l'application d'une mesure rigoureuse, tout en laissant subsister la loi même.

Le père pouvait nommer un tuteur à ses enfants, en vertu de la *patria potestas*. L'époux, quand il avait la puissance maritale, la *manus*, droit qui participe du caractère magistral de la *patria potestas*, puisque la femme *in manu* était, par rapport au mari, *loco filiæ;* l'époux, dis-je, pouvait aussi nommer par testament le tuteur de son épouse : *Uxori quæ in manu est proinde ac filiæ, item nurui quæ in filii manu est, proinde ac nepti, tutor dari potest* (Gaïus). C'était peu que cela ; on admit en faveur de la femme, ou de l'époux, un autre droit, que jamais on ne put songer à reconnaître au père vis-à-vis du fils : la coutume autorisa le mari à donner par testament à sa veuve, qui devait retomber en tutelle, la faculté de choisir elle-même son tuteur : *In persona tamen uxoris quæ in manu est, recepta est etiam* TUTORIS OPTIO, *id est, ut liceat ei permittere quem velit ipsa tutorem sibi optare* (synonyme ici de *petere*). Le principe politique de la tutelle perpétuelle des femmes était ainsi respecté ; tandis qu'en remettant la tutelle à d'autres mains que celles du présomptif héritier, ou bien en prenant le consentement de la femme, on faisait disparaître le caractère le plus odieux de la *tutela muliebris :* on supprimait facultativement le personnage intéressé du tuteur. Le droit pour l'époux de léguer à sa veuve l'*optio tutoris*, était en pleine pratique, au sixième siècle de Rome, témoin le sénatus-consulte des Bacchanales. La *tutoris optio* était appelée *pleine et entière*, lorsque le choix de la femme

pouvait être indéfiniment renouvelé, ou bien s'appliquer à son gré à tout ou partie de ses affaires. La *tutoris optio* était appelée *angusta*, si l'exercice en était limité[1].

L'*optio tutoris* était donc, dans l'exercice de la *tutela muliebris*, une modalité de la tutelle testamentaire, une conséquence de la *manus*, une forme d'exécution de la loi, livrée à l'appréciation du chef de famille, ou de l'époux testateur et prémourant. Elle n'est prévue, autorisée et constatée qu'à l'occasion de la *tutela muliebris*, et ne pouvait s'appliquer, autant *in abstracto* que dans la pratique effective, à la *tutela impuberum;* aussi n'en trouve-t-on aucune trace, aucun indice, en ce qui touche cette dernière, à moins de prendre à la lettre l'IS, EA, de l'*œs Salpensanum*, auquel cas on risque d'être foudroyé par le canon de M. Asher. Mais, remarquons-le bien, l'*optio tutoris* n'avait jamais pour objet le changement arbitraire de tutelle; elle ne se rapporte qu'à l'entrée en tutelle de la femme libérée de la *manus;* l'*optio* s'exerce au moment initial de cette tutelle, ou au cas de son renouvellement naturel, c'est-à-dire au cas où, une première tutelle prenant fin, par la mort du tuteur, la femme peut exercer l'*optio* et choisir un remplaçant de ce dernier. Remarquons, en outre, que la femme n'a jamais, *de plano*, le droit de faire une pareille *optio*. Il faut qu'elle ait inspiré assez de confiance au magistrat domestique, père ou époux, pour qu'une telle faculté lui soit donnée ; il faut un testament. En l'absence de cet acte solennel, la femme doit se résigner à la rigueur du droit et subir la tutelle du plus prochain agnat[2].

Je sais bien que les jurisconsultes romains, dans leur ferveur active pour l'émancipation de la femme, ne s'étaient point arrêtés à l'option testamentaire de tuteur, et qu'ils avaient ingénieusement imaginé un expédient compliqué à l'aide duquel la femme pouvait se débarrasser d'un censeur trop incommode; mais c'était par le moyen d'une procédure extraordinaire, qui n'était possible qu'à un personnage de condition féminine, et ca-

[1] Cf. §§ 150 à 153 du livre I des *Commentaires* de Gaius.

[2] A défaut d'agnat, la femme était-elle soumise à la tutelle des *gentiles?* C'est probable, mais je l'ignore. Ce qui est certain, c'est qu'après la chute de la gentilité on voit la femme recevoir, comme l'impubère, un tuteur nommé par le magistrat public, dans les cas où il n'y avait ni tuteur testaire, ni tuteur agnatique.

pable d'un consentement obligatoire, c'est-à-dire pubère : procédure qui, par son étrange mécanisme, justifiait cette boutade de Cicéron contre les jurisconsultes, complaisants fondateurs d'une jurisprudence formaliste et subtile : *Mulieres omnes, propter infirmitatem consilii, majores in tutorum potestate esse voluerunt; hi invenerunt genera tutorum, quæ potestate mulierum continerentur*[1]. En effet, par la combinaison artificielle d'une *coemptio*, d'une *mancipatio fiduciæ causa*, et d'un affranchissement du *mancipium*, la femme pouvait briser à son gré la tutelle légitime qui la gênait, pour passer sous la tutelle fiduciaire d'un *extraneus manumissor* dont le pouvoir était insignifiant et purement nominal. Gaïus, qui nous a révélé le détail de cette affaire, ne peut guère s'empêcher d'en marquer la singularité; cependant, il est vrai de dire que cette procédure exceptionnelle ne pouvait être entamée sans le consentement des tuteurs légitimes de la femme, et ce fait important n'a point été assez remarqué : *Si qua velit*, dit Gaius[2], *quos habet tutores reponere, ut alium nanciscatur*, IIS AUCTORIBUS (leçon reçue) *coemptionem facit; deinde a coemptionatore remancipata ei cui ipsa velit, et ab eo vindicta manumissa, incipit eum habere tutorem a quo manumissa est ; qui tutor fiduciarius dicitur*. A l'aide d'un mécanisme analogue, la femme pouvait acquérir la liberté de tester sans contrôle, et selon sa volonté, car ces *tutores alterius generis*, profondément distingués des *legitimi*, pouvant être contraints par le préteur à fournir leur *auctoritas*, ne suppléaient qu'à une incapacité de forme et n'avaient aucun pouvoir réel.

Telles étaient les façons de procéder, dangereuses et singulières à la fois, qui, seules, permettaient à la femme le changement de tuteur pendant la vie de ce dernier, et la disposition libre de ses biens par testament. Or, on n'appela, dans aucun temps, du nom d'*optio* ces pratiques toujours difficiles qui, dans une foule de cas, étaient irréalisables. Les anciens ont gardé, pour le droit d'élection directe du tuteur par la femme légataire de ce bienfait conjugal, la dénomination d'*optio tutoris*, et jamais il n'en est question pour l'hypothèse de la *coemptio tutoris mutandi causa*, laquelle est inconciliable d'ailleurs avec la condition civile des impubères, et surtout avec la condition de

[1] *Pro Murena*, XII.

[2] Cf. §§ **114**, **115**, **115***a*, **115***b* et **136** de Gaius, *Comm.*, I.

masculinité. Il y a donc eu, si je ne me trompe moi-même, quelque entraînement d'illusion, de la part du si regrettable Laferrière, lorsqu'il écrivait : « *L'optio tutoris* qui a existé dans le droit romain, APRÈS *l'abrogation de la tutelle légitime des femmes*, était, dans la Gaule romaine, applicable à l'enfant mâle comme à la fille, etc. » *L'optio tutoris* existait *en même temps* que la tutelle perpétuelle des femmes, et bien avant la chute de la république, puisque le sénatus-consulte des Bacchanales en fait mention parmi les priviléges accordés à *Fescennia Hispala ;* et son application, dans la Gaule romaine, à l'enfant mâle comme à la femme, est une conjecture hypothétique que rien ne soutient.

La *tutoris optio* n'est donc pas postérieure à la chute de la *tutela muliebris ;* elle est aussi ancienne peut-être que la tutelle perpétuelle. C'était le tempérament reçu d'une institution qui, du reste, dans l'origine, et dans les anciennes habitudes romaines, avait été moins insupportable qu'on ne pense [1].

Mais qu'est-ce que la *chute de la tutelle perpétuelle ?* M. Laferrière voulait-il dire que la tutelle perpétuelle des femmes avait été abolie par la loi *Claudia ?* Telle est probablement sa pensée. Or, je crois qu'il y a là une erreur : la loi *Claudia*, loi de révolution, n'a point supprimé la *tutela muliebris*. La loi *Claudia* s'est attaquée à la constitution agnatique de la famille ; elle a ruiné l'agnation dans le gouvernement domestique, comme le préteur de l'Empire l'a ruinée dans la transmission de la fortune héréditaire. L'agnation était antipathique à la constitution sociale de l'Empire. Gaius indique, par deux fois, que la loi *Claudia* n'abolissait que la tutelle légitime des agnats ; le principe de la tutelle perpétuelle des femmes n'a point encore été touché. La pratique d'une tutelle légitime des femmes a survécu ; et, en effet, il restait la tutelle légitime des patrons et celle des pères sur leurs filles émancipées : l'une comme l'autre étaient d'un usage assez fréquent dans les familles [2]. Il restait la tutelle testamentaire dé-

[1] Voir, à ce sujet, un texte important et curieux de Columelle, contemporain de Sénèque, *De re rustica*, XII, *Præfat.*, 7 et 8. Nulle part la condition morale de l'ancien mariage romain n'est mieux exposée. Consultez le texte de Schneider.

[2] Le manuscrit du Vatican des fragments d'Ulpien porte (XI, 8) : *Feminarum autem legitimas tutelas lex Claudia* SUSTINET, *excepta tutela patro-*

férée par le père ou l'époux, *positis ponendis ;* il restait la tutelle déférée par le magistrat. Au temps d'Ulpien, la *tutela muliebris* demeurait le droit commun. A propos des tuteurs temporaires, il dit : *Moribus tutor datus mulieri pupillove qui cum tutore suo... agere vult... qui tutor prætorianus dicitur*, etc. D'après l'usage établi, le magistrat nommait un tuteur à la femme qui avait quelque intérêt à débattre avec son tuteur ordinaire, lequel ne pouvait être *auctor in rem suam*. Dans une constitution de Dioclétien, il est encore parlé de la tutelle des femmes comme d'une institution existante ; enfin, même après que le christianisme fut devenu loi de l'État, le praticien compilateur anonyme, mais instruit, des *fragmenta vaticana*, en a laissé subsister la trace, encore utile à remarquer dans l'*usus forensis* de son temps. Il n'y a donc jamais eu d'abrogation formelle et positive de la *tutela muliebris ;* mais elle disparut graduellement et à la longue, parce qu'insensiblement elle devint incompatible avec l'ensemble des institutions, et que dans la pratique elle était d'une conséquence insignifiante. Les lois papiennes firent de l'affranchissement de la tutelle une des faveurs accordées à la femme féconde ; et, en ce qui touche l'agnation, l'Empire n'avait pas attendu Claude pour en attaquer les vieux priviléges. Après la *lex Claudia*, la tutelle des femmes fut cependant, et par la force des choses, réduite à des limites assez étroites, et l'institution ne répondait plus à aucune pensée politique ; mais la position spéciale des parents et des patrons maintenait un droit dont la famille entière pouvait quelquefois profiter. La veuve d'Apulée achète un *prædium, tutore auctore*. La tutelle des femmes apparaît encore sous Constantin lui-même, et de là vient qu'on en trouve des vestiges longtemps après que cette tutelle a perdu son importance. L'intervention des tuteurs pouvait être utile, soit à titre de conseil, soit comme instrument de surveillance, soit comme une garantie pour les tiers. Il est probable, enfin, que l'idée de soumettre les femmes à une tutelle s'effaça deplus en plus, lorsque Théodose et Valentinien eurent déclaré les mères capables d'exercer la tutelle vis-à-vis de leurs enfants. Le christianisme a certainement favorisé cette révolution ; cepen-

norum. Il est facile d'appliquer ce texte, sans changer *sustinet* en *sustulit*, comme on l'a proposé. Mais en admettant même le *sustulit*, le point capital reste à l'abri de tout doute.

dant le souvenir, et peut-être la pratique de la tutelle des femmes, existait encore dans la Gaule méridionale au moment de l'invasion des barbares. L'*epitome* visigothique de Gaius a supprimé toute mention de la *tutela muliebris;* mais les ouvriers d'Alaric avaient trouvé Gaius en plein honneur dans le Midi. Plusieurs constitutions impériales [1] parlaient de la tutelle des femmes; et dans les fragments d'Ulpien qu'il avait sous les yeux, Anien rencontrait une exposition de règles pareilles à celles de Gaius sur cette matière. Le célèbre manuscrit du Vatican, *Olim Christinæ reginæ,* n° 1128, qui contient le *Breviarium*, avec les fragments d'Ulpien et plusieurs lois barbares, est du dixième siècle, et a été écrit probablement dans la Gaule méridionale. Ainsi donc, la tradition de cette *tutela muliebris,* dans laquelle les bandes guerrières du Nord ont respecté l'analogie du régime romain avec leur *mundium*, perpétuel aussi, de la femme germanique, s'est continuée dans notre France, et j'en ai la preuve évidente dans nos anciennes coutumes méridionales. Les anciennes coutumes de Bordeaux, du treizième siècle, comme on sait [2], en ont un chapitre spécial, dans lequel on peut reconnaître la tradition romaine mêlée à celle du *mundium* germanique.

Ainsi la tutelle perpétuelle des femmes n'a pas disparu; elle n'a pas fait chute, à vrai dire. Elle a été gardée, quoique altérée, dans les provinces et colonies, où le droit primordial de la mère patrie est toujours plus persistant que dans la métropole; l'invasion germanique l'a même respectée.

Mais ce qui a complétement disparu, c'est l'*optio tutoris.* Avant la découverte de Gaius, nous n'en savions presque rien. Dans les manipulations juridiques de la période impériale et de l'époque barbare, il n'en est pas resté un seul mot, un seul vestige, et je défie M. Asher d'indiquer où son prétendu fabricateur en aurait pu prendre la notion détaillée. Aucun monument du moyen âge n'en a gardé la trace. C'est qu'en effet la *tutoris optio* était devenue impossible le jour où la *manus* avait cessé d'exister. La *tutoris optio* n'avait d'autre cause vitale que la *manus,* puisqu'elle ne pouvait dériver que d'une disposition testamentaire émanée de l'époux ayant la *manus*. Or, on sait que l'acqui-

[1] Voir la *Const.* 2, au Code Théodosien, *De tut. creand.*

[2] Voir §§ 64, 66 et 241 de l'édition des frères Lamothe, t. I, p. 46, 47 et 146. La tutelle des impubères est réglée en un chapitre différent.

sition de la *manus*, de la puissance civile de l'époux, était la conséquence ou d'une cérémonie religieuse (la *confarreatio*) qui accompagnait souvent le mariage, ou de la *coemptio*, ou de l'*usus*, espèce d'usucapion résultant d'une possession non interrompue de la femme par le mari, pendant un an. Quant à la confarreation, si l'on compare les témoignages de Cicéron, de Tacite et de Gaius, on sera convaincu que, déjà rare au temps du grand orateur, elle a presque cessé d'être en usage sous les empereurs. Au temps de Gaius, elle ne se pratiquait plus qu'à l'occasion du mariage des grands Flamines. La *coemptio* a duré plus longtemps. On la retrouve encore mentionnée comme existante, dans les ouvrages de Gaius et d'Ulpien. Elle tomba bientôt en désuétude, et l'on n'en voit plus de trace dans les constitutions impériales dont la réunion forme le Code Théodosien. Enfin l'*usus*, ou l'acquisition de la *manus* par usucapion, était déjà tombé en oubli du temps de Gaius. Le jurisconsulte dit, à son sujet : *sed hoc totum jus partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est.* Des causes juridiques qui seules produisaient la *manus*, l'une a donc disparu peut-être dès l'âge de Tibère; l'autre n'existait plus au temps de Gaius; et la dernière a tout au plus prolongé sa vie jusqu'à la fin du troisième siècle, car probablement les chrétiens de l'Empire ont dû, de tous les temps, s'abstenir de la *coemptio*. Ces causes d'existence ayant cessé d'agir, la *manus* a dû disparaître; et, par sa disparition, elle supprimait la possibilité de la *tutoris optio*, soit au point de vue de l'élection directe du tuteur par la femme, la véritable et pure *tutoris optio*, soit au point de vue de la procédure usitée *tutoris mutandi causa*.

La désuétude de l'*optio*, directe ou indirecte, a donc évidemment précédé la désuétude complète de la *tutela muliebris*. Il est impossible d'indiquer un monument littéraire ou autre, qui ait pu inspirer l'idée d'en parler à des fabricateurs d'inscriptions au seizième siècle. Il est vrai que M. Asher échappe à la difficulté en alléguant l'existence et la destruction d'une table originale que le fabricateur aurait mise à profit pour consommer le faux. Je me trouve, pour prouver le contraire, dans l'embarras véritable de celui qui veut montrer qu'il ne fait pas nuit en plein midi, et je l'avoue à M. Asher, qui m'excusera de ne pas le suivre dans l'examen de suppositions aussi chimériques. Des

textes? Il n'y en a nulle part. L'induction historique? Pas davantage. J'expliquerai facilement les coutumiers germaniques, analogues aux *Etablissements*. Mais quelle explication était possible pour le faussaire si habile et si instruit qui aurait rédigé les Tables de Malaga? En pays romain, comme l'Espagne, l'*optio tutoris* n'était possible et supposable qu'en faveur de la femme *in manu*. Le droit romain était aussi connu et cultivé en Espagne, au seizième siècle, qu'en aucun autre pays de l'Europe. Or, la théorie la plus élémentaire de la pupillarité romaine se refusait à l'imagination que suppose M. Asher. Etait-ce aux contemporains et aux compatriotes de Govéa et d'Antoine Augustin qu'on eût osé présenter de pareilles rêveries?

Comment, je vous prie, aurait procédé le pupille mâle pour faire option de tuteur? La lui aurait-on donnée pendant l'*infantia*, ou après seulement? Aurait-on exigé que le père l'eût octroyée par testament? La lui aurait-on donnée *de plano*, et abstraction faite de toute licence du père testateur? Comment espérer de faire accepter ce roman aux érudits bien avisés d'un siècle si fécond en romanistes? Je sais bien qu'on pourrait alléguer que l'accès du prétoire n'était point interdit au pupille romain. Mais dans quel cas? Lorsque ce dernier s'y présentait *tutore auctore* pour accomplir un acte de procédure; lorsque le magistrat l'interrogeait, ou l'écoutait, pour apprécier une adoption dont l'avantage était problématique, ou pour sanctionner une émancipation qui pouvait lui être préjudiciable : car l'émancipation romaine était aussi bien un châtiment qu'un bienfait. Mais l'*optio tutoris* pour tous les pupilles indistinctement, personne alors n'y eût rêvé, puisque le souvenir de l'*optio tutoris*, de l'*optio* normale, était complétement perdu, depuis bien des siècles. L'hypothèse de M. Asher est donc inadmissible.

Je ne répondrai pas à l'argument réchauffé que M. Asher a tiré de l'irrégularité, ou de la singularité de certaines abréviations, ou de certaines coupures de mots, sur les Tables de Malaga. Aux yeux des épigraphistes, de pareilles objections ont, en général, peu de portée. M. Zell avait déjà signalé certaines coupures, les mêmes que M. Asher, et s'en était peu préoccupé. Rien n'est plus variable et moins régulier, en effet, que les habitudes des graveurs d'inscription, à cet égard. Voilà de curieuses inscriptions que M. Engelhart, commissaire français pour

la navigation du Danube, a relevées dans l'ancienne Mœsie, principalement sur les ruines de Troesmis. Envoyées à notre Académie des inscriptions et belles-lettres, elles ont été l'objet d'un savant rapport de M. Léon Renier. A l'occasion de l'une d'elles, M. Renier, qui a reproduit la photographie du monument, fait cette remarque : « Les mots, dans cette inscription, sont abrégés d'une manière très-irrégulière ; CAE, LE, CANABE, pour CAES., LEG., CANABENS. (*Cæsar*, *Legio, canabenses*), sont des abréviations qu'on ne se serait pas attendu à trouver sur un monument élevé par une autorité publique, sous le règne d'Hadrien, etc. » Et cependant M. Renier se garde d'en conclure la fausseté de l'inscription. Ce que j'ai dit de ces irrégularités, je le répéterai des erreurs, souvent grossières, des graveurs. Il n'y a pas de bronze, il n'y a pas de marbre antique qui n'en fourmille. On peut voir au n° 4035 d'Orelli, une inscription gravée, à coup sûr, par l'ordre d'un municipe napolitain, où se lit : *Balerio* (pour *Valerio*) *viro splendido, cui jamdudum secundum boces* (pour *voces*) *populi, et boluntatem* (pour *voluntatem*) *onor patronatus oplatus est* (pour *oblatus est*). Le graveur était quelque misérable esclave grec ou gascon. Lorsqu'on découvrit l'inscription de l'édit des *Vanacini*, on cria au faussaire, parce qu'on n'y pouvait tout expliquer. Les découvertes postérieures, de Marini et d'autres, ont authentiqué le monument (Orelli, n° 4031). La loi de la Gaule cisalpine a révélé aussi des nouveautés en tout genre; elles sont aujourd'hui dans le domaine commun de l'épigraphie. Les ouvriers des anciens ne comprenaient pas, le plus souvent, ce qu'ils gravaient. Leur intelligence se perdait au milieu des abréviations qui leur étaient imposées. Je citerai le célèbre marbre de Thorigny, qu'on regrette de ne pas trouver dans la collection de MM. Orelli et Henzen, et dont M. Mommsen a fourni un excellent texte à M. Zell, d'après la recension soigneuse d'un épigraphiste français [1] : il est couvert d'abréviations et de signes inintelligibles. En fait d'incorrection ou de singularité, il faut s'attendre à tout, dans les inscriptions antiques. L'absence même de toute incorrection serait une singularité. Je donnerai un dernier exemple que j'emprunte au commentaire judicieux du P. Garucci sur la *Tabula Bœbiana alimentaria*. Le

[1] Voir Zell, Appendice à son *Handbuch der röm. Epigraph.*, p. 21-22.

graveur avait charge de faire entrer dans un espace limité, celui d'une pierre carrée, ornée d'un filet, la relation d'un testament. Voici comment il a rempli sa tâche :

VEDIUS PRISCUS[1]
FECI HEREDES FILIOS A VES
SIS[2] QUI NOMEN MEUM
TULERINT, CUM NEPOT
ES[3] EORUM HORTUM[4]
TABERNAM CENACU
LUM QUOD SI ANIMA
LIUM (pour *quod si humanitus*) FILIS MEIS ALIQU[5].

Et la pierre n'en pouvant contenir davantage dans son encadrement, le graveur en est resté là, sans relater les substitutions qui suivaient. Il y avait pourtant ici une importance d'intérêt privé, d'aussi grande considération que l'importance d'intérêt municipal. Les coupures qui paraissent singulières à M. Asher n'étaient déterminées que par l'espace libre ou occupé, qui se présentait au ciseau du *lapidarius*. L'arbitraire ou la nécessité matérielle gouvernaient la main, en cette matière. Je m'en réfère, pour le surplus, aux raisons indiquées dans mes *Tables de Salpensa et de Malaga*.

CH. GIRAUD,
Professeur à la Faculté de droit de Paris.

[1] Personnage connu de Bénévent.

[2] *A vessis* pour *a Besse*, dont le graveur, grec ou gascon de naissance, aussi, comme l'autre, n'a pas compris le sens.

[3] *Nepotes* pour *nepotibus*. On trouve *poniret* pour *poneret*, sur une inscription de Pompeï. (Orelli, n° 5022.)

[4] Solécisme grossier, qui devait être sur la copie.

[5] Cette inscription avait été transmise à Marini, qui avait signalé son incorrection. M. Henzen lui-même n'avait pas soupçonné l'*a besse* de l'ingénieux P. Garucci.

(*La suite au prochain numéro.*)

DE LA BONORUM POSSESSIO

ETABLIE PAR L'ÉDIT CARBONIEN.

Paul, *Sent.*, liv. III, tit. I. — C. Th., *De Carboniano edicto*, IV, 3. — D., *De Carboniano edicto*, XXXVII, 10, et C., VI, 17. — Bas., Περὶ τοῦ Καρβωνιανείου παραγγέλματος, ἡνίκα ἀμφίβολός ἐστιν ἡ τοῦ ἀνήβου σπόρα (*De Carboniano edicto, cum dubia est impuberis origo*, XL, 5).

§ 1. — Notions générales.

Parmi les nombreuses dispositions du droit romain qui ont eu pour objet la protection des intérêts des impubères, il faut citer un édit prétorien connu sous le nom d'*Edictum Carbonianum*. Cet édit concernait l'hypothèse suivante : un impubère se présentait à la succession d'un défunt en qualité de descendant et demandait à ce titre une *bonorum possessio*, ordinairement la *bonorum possessio contra tabulas*, ou la *bonorum possessio unde liberi*, selon qu'il s'agissait d'une succession testamentaire ou d'une succession *ab intestat;* les personnes qui auraient hérité à son défaut lui contestaient cette qualité de fils, ou bien, tout en lui reconnaissant ce titre, soulevaient cependant une question d'état dont l'effet devait être de l'écarter de la succession, et, par exemple, soutenaient qu'il était enfant naturel, né du concubinat, et non enfant légitime, ou bien enfant né de justes noces, mais placé ensuite, et encore au moment de la mort du défunt, sous la puissance d'un père adoptif.

On conteste en pareil cas à l'impubère à la fois son état et sa vocation à l'hérédité. Or, les questions d'état présentent toujours un intérêt capital, et il pourrait être dangereux de juger un semblable procès pendant que l'enfant est encore impubère et incapable de se défendre en personne.

Pour ne pas abandonner un procès si important aux soins des tiers, des tuteurs chargés des intérêts de l'impubère, craignant d'ailleurs la mauvaise foi de ceux qui soulèvent cette difficulté,

le préteur, dans l'édit Carbonien, décide que la question d'état restera ajournée jusqu'à l'époque de la puberté, et que, provisoirement, l'impubère sera traité comme si l'on ne contestait pas sa qualité de descendant appelé à l'hérédité.

L'édit Carbonien est, en effet, ainsi conçu :

« Si cui controversia fiet, *an inter liberos sit*, et impubes sit, « causa cognita, perinde possessio datur, *ac si nulla de ea re* « *controversia esset*, et judicium in tempus pubertatis, causa co- « gnita, differtur. » (L. 1, pr. *h. t.*)

Le préteur promet deux choses dans cet édit : une *bonorum possessio*, donnée à l'impubère, et dite *bonorum possessio ex edicto Carboniano*, la remise du procès jusqu'à l'époque de la puberté. C'est de cette *bonorum possessio ex edicto Carboniano* que nous allons traiter.

Elle a été introduite par le préteur Cn. Papirius Carbo, homme d'une haute autorité, et qui vivait vers le milieu du septième siècle de Rome ; de là sont venus le nom d'*édit Carbonien* et celui de *bonorum possessio ex edicto Carboniano*.

On peut définir la *bonorum possessio ex edicto Carboniano*, celle que le préteur accorde à l'impubère lorsqu'on lui conteste à la fois son état et sa vocation à une hérédité, et par laquelle cet impubère se fait provisoirement mettre en possession, comme si sa qualité n'était pas discutée. (L. 1, § 10 ; L. 3, § 2 ; L. 6, § 3 ; L. 7, pr. et § 1 ; L. 8, § 1, *h. t.*)

Nous nous demanderons successivement : quels sont les caractères de cette *bonorum possessio ?* sous quelles conditions le préteur l'accorde ? A qui et contre qui elle est donnée ? Quels sont les effets qu'elle produit ? Dans quel délai il faut la réclamer ?

§ 2. — Caractères de la *bonorum possessio ex edicto Carboniano*.

On divise les *bonorum possessiones* en *edictales* ou *decretales ;* les unes et les autres doivent être demandées au préteur, même sous Justinien [1] ; seulement, on obtient les premières de plein droit, tandis qu'on acquiert les secondes au moyen d'un décret que le préteur rend *causa cognita et pro tribunali*.

[1] Cette question est toutefois controversée : cpr. Demangeat, *Cours de droit romain*, II, p. 110.

La *bonorum possessio ex edicto Carboniano* fait partie de cette seconde classe; il faut que le préteur rende un décret *causa cognita*.

Cette *bonorum possessio* diffère encore des *bonorum possessiones* ordinaires en ce qu'elle est purement intérimaire de sa nature; elle règle la question d'une manière provisoire, jusqu'à l'époque de la puberté seulement.

Le préteur saisi d'une demande de *bonorum possessio Carboniana*, examine deux questions avant de rendre son décret : « Duæ autem sunt causæ cognitiones, dit Ulpien : Una dandæ « Carbonianæ possessionis, quæ habet commodum illud ut pe- « rinde atque si nullam controversiam pateretur, impubes « possessionem accipiat; alia causæ cognitio illa, utrum differri « debeat in tempus pubertatis cognitio, an representari. » (L. 3, § 5, *h. t.*) La *causæ cognitio* consiste d'abord à examiner s'il y a lieu d'accorder la *bonorum possessio*. Le préteur ne la donne, en effet, qu'autant que la contestation sur l'état de l'impubère lui paraît douteuse. Si les prétentions des adversaires de l'impubère manquent de tout fondement, ou bien, en sens inverse, s'il est évident que l'impubère n'a pas droit à l'état qu'il réclame, dans les deux cas, le préteur refuse son décret. (L. 3, § 4, *h. t.*)

Ce premier point examiné, même en admettant que la contestation soit sérieuse, le préteur se demande s'il faut remettre l'affaire à l'époque de la puberté; c'est l'objet de la seconde *causæ cognitio*. C'est qu'en effet il peut être plus utile pour l'impubère qu'on juge immédiatement le procès, comme, par exemple, si les témoins qui doivent déposer en sa faveur sont d'un âge avancé, car rien ne dit qu'ils ne seront pas morts au moment où le pupille deviendra pubère. De même, quand le pupille ne peut fournir caution, l'administration de l'*hæreditas* ne peut être confiée à ses adversaires, lesquels ne présentent pas toujours des garanties complètes de probité. Dans tous ces cas, la *bonorum possessio ex edicto Carboniano*, introduite pourtant avec l'intention de protéger le pupille, serait contraire à ses intérêts. (L. 3, § 5, *h. t.*)

Du reste, le préteur ne consacre pas beaucoup de temps à ces deux *causæ cognitiones* : les textes nous disent qu'il doit les examiner sommairement, *summatim*. (L. 3, §§ 4 et 5, *h. t.* — C. pr., L. 1, § 14. *De ventre in possessionem mittendo*, 37, 9.)

§ 3. — Personnes auxquelles le préteur accorde la *bonorum possessio ex edicto Carboniano.*

Le préteur accorde la *bonorum possessio ex edicto Carboniano* à tout descendant impubère, et par la parenté mâle du défunt, qui n'a pas été institué héritier, ni valablement exhérédé, et dont on conteste l'état. « Non tantum masculi sed et feminæ ex virili « sexu descendentes Carboniani commodum habebunt. » (L. 1, § 2, *h. t.*)

Il faut donc qu'il s'agisse d'un descendant impubère. La *bonorum possessio* ne serait pas accordée à un agnat, ni à un cognat. (L. 1, pr., *h. t.* ; L. 3, § 3; L. 6, § 6, *h. t.*)

L'impuberté cesse, non pas à partir du premier jour de la quinzième année (ou de la treizième, s'il s'agit d'une fille), mais déjà dès le dernier jour de la quatorième. (L. 5, *Qui test. facere possunt*, 28, 1 ; L. 3, § 3, *h. t.*)

Si un descendant pubère, en se faisant par fraude passer pour impubère, obtenait un décret du préteur qui lui accorderait la *bonorum possessio ex edicto Carboniano*, ce décret serait nul et ne produirait aucun effet. (L. 3, § 3, *h. t.*)

D'un autre côté, la *bonorum possessio* de l'édit Carbonien n'est donnée qu'aux descendants par les mâles : ainsi on l'accorde, dans la succession de l'ascendant paternel, aux fils et aux descendants de fils, aux filles (*feminæ ex virili sexu descendentes*), mais non pas aux enfants des filles. (L. 1, § 2, *h. t.*)

Elle est donnée aux descendants qui, en droit civil, ont la qualité d'héritiers siens, ou, en droit prétorien, peuvent venir à la succession du défunt par la possession de biens *contra tabulas*, ou par la possession de biens *unde liberi*. (L. 1, § 3, *h. t.*; L. 3, pr. ; L. 6, § 4; L. 7, § 6, *h. t.*; L. 20, *De inoff. test.*, 5, 2.) Autrement dit, le préteur accorde le bénéfice de l'édit à ceux qui ont la qualité de *sui* ou d'*emancipati*, et à leurs descendants. (L. 1, § 3; L. 3, § 7; L. 6, pr. ; L. 7, § 7 ; L. 11, *h. t.*)

Ainsi, on la refuse à ceux qui ne peuvent invoquer que la possession de biens *unde cognati*, aux descendants institués qui ont la possession de biens *secundum tabulas*, et aux exhérédés qui peuvent intenter seulement la *querela inofficiosi testamenti*.

Par exception toutefois, le préteur donne dans un cas la possession de biens de l'édit Carbonien, au descendant institué qui

invoque la possession de biens *secundum tabulas :* celui où l'on conteste à l'enfant institué son état, si cette contestation peut le faire écarter de l'hérédité testamentaire. (L. 5, § 8, et L. 3, pr., *h. t.*)

Lorsque l'enfant a négligé de demander dans les délais la *bonorum possessio unde liberi* dans la succession *ab intestat*, il peut encore, comme on le sait, venir à la *bonorum possessio unde legitimi*, s'il a la qualité d'agnat, et même après l'expiration des délais de cette dernière, à la *bonorum possessio unde cognati* (L. 11, § 11, *De succes. edicto*, 38, 9) ; toutefois, comme, en pareil cas, il ne vient pas *inter liberos*, comme descendant, mais en qualité d'agnat ou de cognat, l'édit Carbonien n'est pas applicable : l'impubère n'obtient pas la *bonorum possessio* de l'édit Carbonien ; mais la question d'état n'en est pas moins rejetée à l'époque de la puberté par application des constitutions impériales que nous rencontrerons bientôt.

L'impubère peut être, du reste, un posthume. Le préteur ne lui accorde pas moins la *bonorum possessio*, pourvu toutefois qu'il soit né d'un mariage incontesté, et que la mère se soit soumise aux dispositions de l'édit *De inspiciendo ventre*. C'est ce que déclare une constitution des empereurs Théodose, Arcadius et Honorius, qui se trouve à notre titre, aux Codes de Théodose (Const. un., *h. t.*, C. Th.) et de Justinien. (Const. 2, *h. t.*)

Cette loi porte : « Carbonianum edictum sub personis legi-« timis ex indubitato matrimonio, custodito partu et probata suc-« cessione defertur. »

Mais cette rédaction est singulièrement embarrassée, et il faut admettre la restitution de Godefroy qui lit : « ..... sub personis « legitimis custodito partu, et indubitato matrimonio, probata « legitima successione defertur. »

Il est de principe, en effet, lorsque le mari meurt en laissant une femme enceinte, que cette veuve fasse connaître sa grossesse aux personnes intéressées et les avertisse *ut mittant qui ventrem inspiciant et custodiant*. Si la femme a négligé ces formalités par mauvaise foi, on refuse la *bonorum possessio ex edicto Carboniano* à son enfant. Mais pour que cette peine soit encourue, il faut que la femme soit coupable de fraude. Ainsi, le préteur accorderait notre *bonorum possessio* si la femme avait

omis de faire ces déclarations par ignorance. (L. 1, § 10, *De inspiciendo ventre*, 25, 4.)

Le préteur donne aussi bien notre *bonorum possessio* aux descendants adoptifs qu'aux descendants naturels.

C'est du moins ce que porte la loi 7, pr., à notre titre : « Si « impubes negetur jure adoptatus, et ideo paternæ hæreditatis « ei controversia fiat, non erit iniquum simile Carboniano de- « cretum interponi. » Certains auteurs prétendent que ces mots *simile Carboniano* ont été introduits par Tribonien, afin de mettre le texte en rapport avec le nouveau droit, suivant lequel les formules solennelles avaient disparu, et, par conséquent aussi, celles du décret du préteur. Mais il nous semble qu'on peut interpréter ce texte sans accuser Tribonien d'interpolation ; le jurisconsulte a voulu dire qu'à l'origine l'édit Carbonien ne s'appliquait pas aux enfants adoptifs, et qu'ensuite on leur a étendu le bénéfice de cette disposition.

§ 4. — Sous quelles conditions le préteur accorde la *bonorum possessio ex edicto Carboniano.*

Ainsi, en résumé, d'après ce que l'on vient de voir, les personnes auxquelles on donne notre *bonorum possessio* sont les impubères légitimes, posthumes ou non, naturels ou adoptifs, du défunt.

Toutefois, ces personnes n'obtiennent un décret du préteur que sous les conditions suivantes. Il faut :

1° Qu'il y ait controverse à la fois sur l'état de l'enfant et sur ses droits à l'hérédité; si le procès ne porte que sur l'une de ces deux questions, l'édit Carbonien cesse d'être applicable, le préteur n'accorde aucun sursis, et l'affaire est jugée de suite. (L. 1, § 10, *h. t.*) Tel est le cas où l'on conteste à l'enfant seulement son état, sans nier qu'il est héritier.

Toutefois, cette règle a été modifiée par des constitutions impériales qui ont décidé d'une manière générale que, dans tous les cas où l'état d'un enfant ferait l'objet d'une contestation, il y aurait lieu de surseoir jusqu'à l'époque de sa puberté. (L. 3, §§ 1 et 2, *h. t.*)

On a soutenu que la loi 7, § 7, était contraire à cette solution; mais il n'en est rien. Cette loi suppose, en effet, un impu-

bère qui élève des prétentions à la succession d'un affranchi de son père, et on lui objecte qu'il n'est pas fils du patron ; néanmoins, le jurisconsulte dit : « Quia de paternis bonis nulla con-« troversia ei fieret, differendum hoc judicium non est. »

L'édit Carbonien n'est pas applicable en effet, puisqu'il ne s'agit pas de la succession d'un ascendant paternel; telle est l'idée du jurisconsulte, qui se place uniquement au point de vue de l'édit, sans s'occuper des constitutions impériales. C'est aussi de cette manière qu'il faut interpréter la loi 6, § 3, pour la concilier avec les autres textes.

Toute contestation sur l'état de l'enfant, dont l'effet doit être de l'écarter de la succession, autorise à invoquer l'édit Carbonien. Il n'est pas nécessaire que l'on conteste la filiation de l'impubère. Sans doute, ce cas sera le plus fréquent; ainsi l'on prétendra qu'il y a eu supposition de part ou que l'enfant est né d'un adultère. (L. 3, § 6.) Mais on peut aussi soutenir, ou bien que l'enfant n'est pas né de justes noces, mais du concubinat, ou bien qu'il n'a pas pu se trouver sous la puissance du défunt. Ainsi Primus, fils impubère du défunt Secundus, soutient qu'il se trouvait sous la puissance de ce dernier, et demande en qualité de *bonorum possessor ab intestat* la *bonorum possessio unde liberi;* si Tertius, le père de Secundus, prétend, au contraire, que le défunt se trouvait sous sa puissance, il faut appliquer l'édit Carbonien, car, par cette prétention même, Tertius soutient que son petit-fils Primus n'a pas pu se trouver sous la puissance de Secundus. (L. 8, pr., *h. t.*) Il en serait encore de même dans l'hypothèse du fils d'un émancipé qui se prétendrait héritier sien de son père émancipé, si l'aïeul avançait que cet impubère a été conçu avant l'émancipation de son père et n'a pas pu, dès lors, se trouver sous la puissance de ce dernier. (L. 8, § 1, *h. t.*)

De même encore, il y aurait lieu d'appliquer l'édit Carbonien dans le cas où, à la demande d'un impubère qui voudrait venir en qualité d'héritier sien à la succession de son père, on objecterait que cet impubère se trouve sous la puissance d'un père adoptif. (L. 7, § 1, *h. t.*)

Qu'arriverait-il dans le cas où l'on contesterait à l'impubère la qualité d'homme libre, et où l'on prétendrait qu'il est né de parents esclaves? Cette hypothèse n'était pas textuellement

prévue par l'édit du préteur, qui parlait seulement du cas où la question était de savoir *an inter liberos esset*. Mais Antonin le Pieux décida, par un rescrit, qu'il faut à plus forte raison appliquer l'édit, car l'on soulève contre l'impubère une question encore bien plus grave. (L. 1, §§ 5 et 6, *h. t.*)

Deuxième condition : il faut qu'il s'agisse de la succession du père ou d'un ascendant paternel.

Ainsi, lorsque la succession est celle de la mère ou d'un ascendant maternel, ou de toute autre personne, et, par exemple, d'un agnat ou d'un cognat, d'un affranchi du défunt, le préteur refuse la possession de biens (L. 6, pr.; L. 3, § 7, L. 7, § 7); si l'on élève des difficultés sur les droits de l'impubère, on juge immédiatement la question d'hérédité, et l'on devrait même, d'après l'édit, résoudre de suite la question d'état; mais nous avons vu que des constitutions impériales ont introduit un droit nouveau à cet égard. (L. 7, § 1, *De ventre in possessionem mittendo*, 37, 9.)

Il n'est pas douteux toutefois que, si la contestation portait à la fois sur la succession d'un ascendant paternel et sur celle d'un autre parent, l'édit pourrait être invoqué. Ainsi, par exemple, le défunt meurt laissant deux fils, l'un pubère, l'autre impubère; le premier conteste l'état du second et soutient qu'il a seul la qualité de fils du défunt; l'impubère prétend qu'il est aussi enfant du défunt, mais d'une autre mère. Si le frère pubère vient à mourir, l'impubère pourra-t-il invoquer l'édit Carbonien contre la mère de son frère consanguin? Il faut distinguer :

Si cette femme soutient que l'impubère n'a pas la qualité de fils du défunt et prétend obtenir la succession entière de ce dernier, qui doit se trouver dans celle de son propre fils; alors, comme elle élève une double prétention, et sur les *bona fraterna* dont elle serait exclue par l'impubère, si celui-ci était frère germain ou consanguin de son fils (§ 3, I. *De s.-c. Tertull.*, 3, 3), et sur ceux de l'ascendant, il faut admettre la *bonorum possessio Carboniana*. Mais il en serait autrement si la contestation portait seulement sur les *bona fraterna* et si la femme, tout en accordant à l'impubère la qualité de descendant du défunt, soutenait qu'il n'est pas le frère de son fils et prétendait l'exclure au moyen du sénatus-consulte tertullien. (L. 6, pr., et § 1, *h. t.*)

Troisième condition : il faut que l'enfant n'ait été ni institué, ni valablement exhérédé, s'il s'agit d'une hérédité testamentaire.

Ainsi, l'impubère institué héritier n'obtient pas la *bonorum possessio ex edicto Carboniano,* lors même que l'on élèverait des difficultés sur son état. Il ne vient pas, en pareil cas, à la succession *ut liber*, mais *ut institutus et scriptus hæres;* d'un autre côté, on ne conteste pas non plus la qualité d'héritier à l'impubère, et dès lors on ne peut pas dire que *status et hereditatis simul controversia est.* (L. 11, *h. t.*) Aussi pose-t-on en règle générale que l'édit Carbonien suppose le cas de la possession de biens *contra tabulas* ou de la possession de biens *unde liberi.*

Cependant, et par exception, on permet à l'impubère institué héritier d'invoquer l'édit Carbonien dans un cas : c'est celui où cet enfant est un posthume. Il ne peut être institué, en effet, que dans les termes suivants ou au moins analogues : *Si quis postumus nascatur hæres esto,* et dès lors, par cela même que l'on conteste sa qualité de posthume du défunt, on soutient aussi qu'il n'est pas héritier : *hereditatis et status simul controversia fit;* on se trouve dans les termes de l'édit. (L. 1, § 8, *h. t.*)

Faudrait-il admettre la même solution à l'égard de ceux qui ne sont pas posthumes, toutes les fois que, en contestant à ces impubères leur état, on fait tomber leur institution? Nous le pensons, car, à proprement parler, le litige porte sur l'état et sur l'hérédité. Tel serait le cas où l'on établirait en fait que le défunt n'aurait pas institué l'impubère s'il avait su qu'il n'était pas son fils; l'institution serait annulée si l'on prouvait que l'impubère n'a pas cette qualité. (L. 9, *De heredibus instituendis,* 28, 5; L. 46, pr., *De jure fisci,* 49, 14; const. 4, *De hered. instit.,* 6, 24.) Dès lors, quand on conteste cette qualité à l'institué, il faut remettre l'affaire à l'époque de la puberté et lui accorder provisoirement la *bonorum possessio ex edicto Carboniano.* (Cpr. Cujas sur L. 1, § 8, *h. t.*)

Suivant l'opinion de M. de Vangerow, il ne faut donner la possession de biens de l'édit Carbonien, dans le cas d'une *bonorum possessio secundum tabulas,* qu'autant qu'il s'agit d'un posthume : la règle d'après laquelle l'édit Carbonien suppose qu'on a droit à la *bonorum possessio contra tabulas* ou à la *bonorum possessio unde liberi,* ne comporterait pas d'autres exceptions. Il est vrai que la loi 3, pr., parle seulement de cette hypothèse, mais elle

la donne à titre d'exemple et après avoir eu le soin d'établir, au contraire, que *in secundum tabulas in quibusdam casibus possit videri necessarium edictum.* Ces hypothèses sont celles où il y a *status et hereditatis controversia,* car on entre alors dans les termes de l'édit.

Si le défunt, au lieu d'instituer l'impubère héritier, lui avait laissé un legs ou un fidéicommis, faudrait-il encore remettre l'affaire à l'époque de la puberté, dans le cas où l'héritier refuserait de donner le legs ou d'exécuter le fidéicommis, en soutenant que l'impubère n'a pas la qualité de fils du défunt et que celui-ci a laissé cette libéralité uniquement en vue de cette qualité?

Il faut, sans hésiter, répondre négativement; car on ne peut dire, en pareil cas, que la contestation porte sur l'*hereditas;* il n'y a pas lieu d'accorder la *bonorum possessio Carboniana,* mais, d'après un rescrit d'Antonin le Pieux, la contestation n'en est pas moins remise à l'époque de la puberté. (L. 3, § 1, *h. t.*)

On ne doit pas plus accorder la *bonorum possessio ex edicto Carboniano* à l'enfant exhérédé qu'à l'impubère institué héritier. (L. 7, §§ 2 et 6; L. 11, *h. t.*; L. 20, *De inoff. test.,* 5, 2.) C'est qu'en effet, la contestation qui s'élève sur l'état de l'impubère ne l'empêche pas de venir à la succession, s'il a été institué, et d'être exclu, s'il a été valablement exhédéré [1]. Dès lors on ne peut pas non plus dire que *controversia hereditatis et status simul est.* Or, il faut bien remarquer que ces principes concernant les impubères institués ou exhérédés découlent de cette règle générale; cela est tellement vrai que, dans les cas où, malgré l'institution, comme nous l'avons vu tout à l'heure, le procès porterait à la fois sur l'hérédité et l'état, l'édit Carbonien pourrait être invoqué.

Le jurisconsulte Scævola pose nettement la règle quand il dit : « Toties ea indulgenda est (bonorum possessio ex edicto « Carboniano) quoties, si vere filius esset, heres esset aut bono- « rum possessor : ut interim et possideat, et alatur et actionibus « præjudicium non patiatur. » (L. 20, *De inoff. test.,* 5. 2.) Il serait injuste, ajoute-t-il, d'accorder la *bonorum possessio ex edicto Carboniano* à celui qui intente la *querela inofficiosi testa-*

[1] Depuis la Nov. 115, les causes légitimes d'exhérédation sont limitativem[illegible]inées.

menti; en effet, si sa qualité de fils n'était pas contestée, il n'aurait cependant pas droit à la *bonorum possessio,* ni à des aliments; or, il ne saurait se trouver dans une position différente et meilleure, parce qu'on lui conteste cette qualité : « Qui vero « de inofficioso dicit (continue Scævola, L. 20, *De inoff. test.*, « 5, 2), nec actiones movere debet nec aliam ullam quam hæ- « reditatis petitionem exercere, nec ali *ne unquam melioris sit* « *conditionis quam si confitetur adversarius.* »

S'il faut refuser la *bonorum possessio Carboniana* dans l'hérédité testamentaire à l'impubère institué ou exhérédé, cela revient à dire qu'on l'accorde seulement à l'impubère omis; mais, remarquons-le bien, il importe peu que cet enfant soit un émancipé ou un impubère en puissance. Dans le premier cas, son omission l'autorise à demander la *bonorum possessio contra tabulas;* dans le second cas, quoique le testament soit *injustum* en droit civil, à raison de l'omission d'un descendant *suus,* il faut cependant qu'il demande la *bonorum possessio contra tabulas,* si le testament porte l'empreinte du cachet de sept témoins, car autrement le préteur, considérant ce testament comme valable en la forme, donnerait, malgré l'omission du *suus,* la *bonorum possessio secundum tabulas* à l'institué; mais si le testament n'a pas été fait dans la forme prétorienne, par exemple, s'il est purement nuncupatif, l'impubère omis peut demander de suite la *bonorum possessio unde liberi,* car alors le testament n'est valable ni en droit civil, ni en droit prétorien. Dans ces différentes hypothèses, en attendant que l'on connaisse le sort et la valeur du testament, il obtient la *bonorum possessio ex edicto Carboniano.*

On doit, du reste, considérer comme omis l'enfant qui a été institué, mais pas en qualité de fils; on présumera que l'institution a eu lieu de cette manière, par exemple, s'il a été fait héritier pour une part inférieure à sa légitime, pour une once ou une demi-once. Toutefois, quand le fils soutient que le testament est nul à cause de son omission comme fils, et demande la *bonorum possessio contra tabulas* ou *unde liberi,* dans le cas où les autres institués contestent la validité de sa demande, il n'y a pas toujours lieu d'accorder la possession de biens de l'édit Carbonien. Il faut distinguer : si les institués répondent que le testament est valable, sans soulever une question d'état, l'af-

faire est jugée de suite; mais s'ils prétendent que le demandeur n'a pas la qualité de fils et ne peut même pas venir à la possession de biens *contra tabulas* ou *unde liberi*, alors on remet l'affaire à l'époque de la puberté. (L. 1, § 10, *h. t.*)

A l'impubère simplement omis il faut assimiler celui qui n'a pas été exhérédé d'une manière valable et lui donner la *bonorum possessio* de l'édit Carbonien, si on lui conteste sa qualité de fils. (L. 7, § 6, *h. t.*) Tel serait le cas où le testateur aurait dit : « Quisquis est qui filium meum se esse dicat, exheres esto, » car cette exhérédation, étant faite *inter cœteros*, n'est pas valable à l'égard du fils qu'il faut exhéréder nominativement. (L. 1, § 9; cpr. L. 2, *De liberis et postumis*, 28, 2.)

D'un autre côté, cette exhérédation est conditionnelle; la formule employée par le testateur revient à dire : « Si quis est « qui filium meum esse se dicat[1]; » et, sous ce rapport encore, l'exhérédation est nulle. (L. 3, § 1, *De liberis et postumis*, 28, 2.) Enfin l'exhérédation est nulle, comme le dit le texte, « quia non « est filius exheredatus; » et en effet, celui qui a été exhérédé ne l'a pas été en qualité de fils, mais, au contraire, parce que le défunt lui refusait cette qualité; s'il parvient à prouver qu'il jouit de ce titre, on ne peut plus dire qu'il a été exhérédé. (Cpr. les scolies des Basiliques sur la loi 1 de notre titre, aux Basiliques; édit. Heimbach, IV, p. 74.) De même, si le père a exhérédé son fils de la manière suivante : « Ille exheres esto quia ex adulterio natus est, » on ne peut pas dire qu'il soit valablement exhérédé comme fils, et dès lors il a droit à l'hérédité, tant qu'on ne prouve pas contre lui sa filiation adultérine; mais, comme cette question ne peut pas être jugée avant sa puberté, provisoirement on lui permet de demander la possession de biens de l'édit Carbonien. (L. 1, § 9, *h. t.*; cpr. L. 14, § fin., *De liberis et postumis*, 24, 2.)

Il faut admettre la même solution pour le cas où le fils a été exhérédé dans un testament qui ne donne ouverture ni à l'hérédité du droit civil, ni même à la succession prétorienne, parce qu'il n'est pas valable en droit prétorien (il n'est pas signé de sept témoins) : le fils pourra demander la *bonorum possessio unde*

[1] Cela est tellement vrai, que les Basiliques portent : εἴ τις ἑαυτὸν υἱόν μου εἶναι λέγει (loi 1, aux Basiliques, liv. XL, tit. V).

liberi, et si on lui conteste sa qualité, il obtiendra la possession de biens de l'édit Carbonien. (L. 19, *De bon. poss. contra tabulas*, 37, 4; L. 1, *De bon. poss. secundum tabulas*, 37, 11.)

En dernier lieu, pour que le préteur accorde la *bonorum possessio ex edicto Carboniano*, il faut :

4° Que l'impubère ait la qualité d'héritier du droit civil, ou au moins celle de successeur prétorien : quand il jouit du titre d'héritier du droit civil, il peut se borner à demander la *bonorum possessio ex edicto Carboniano* (L. 2, § 12, *ad S.-C. Tertull.*, 38, 17); mais s'il est appelé seulement par le droit prétorien, il faut qu'il réclame, outre la *bonorum possessio ex edicto Carboniano*, la *bonorum possessio* ordinaire (L. 3, § 13, *h. t.*); ainsi un émancipé devra demander la *bonorum possessio unde liberi* dans la succession *ab intestat*, pour venir en concours avec les héritiers siens.

D'ailleurs, même dans le cas où l'impubère peut se prévaloir de la qualité d'héritier du droit civil, il a un grand intérêt à demander la possession de biens ordinaire; car, s'il garde le silence, le préteur accorde les possessions de biens suivantes aux personnes qui viennent après lui, conformément aux règles ordinaires des possessions de biens, et alors l'impubère est obligé de subir le concours de ces personnes. (§§ 8 et 9, I., *De bon. poss.*, 3, 9; L. 7, § 8, *h. t.*; L. 1, § 4; *Si tabulæ test. nullæ extabunt*, 38, 6; L. 1, § 7, *De success. edicto*, 38, 9) [1].

§ 5. — Contre qui le préteur accorde-t-il la *bonorum possessio ex edicto Carboniano?*

Quand les quatre conditions que nous venons d'étudier sont réunies, le préteur accorde la possession de biens de l'édit Carbonien contre quiconque élève une contestation à la fois sur l'état et les droits héréditaires de l'impubère, par exemple, contre les frères et les sœurs de l'impubère et ses autres parents; contre l'héritier de celui qui avait originairement le droit de contester l'état; même contre le fisc (L. 1, § 4; L. 1, § 7,

[1] Les possessions de biens données à ces personnes sont-elles *cum re* ou *sine re?* on ne pourra le savoir d'une manière définitive qu'à l'époque de la puberté. Si l'enfant gagne le procès, elles sont *sine re;* s'il perd, elles sont *cum re*.

h. t.); même contre le père de l'impubère, si, par exemple, le père a été émancipé par l'aïeul qui a conservé son petit-fils sous sa puissance ; à la mort de l'aïeul, la succession se règle entre le père et le petit-fils, conformément à l'édit *De conjungendis cum emancipato liberis;* mais si le père soutient que son fils ne se trouvait pas sous la puissance du défunt et n'a pas la qualité d'héritier sien, l'impubère jouit de la *bonorum possessio ex edicto Carboniano* contre son propre père.

Il n'est même pas nécessaire que la contestation soit soulevée par une personne élevant des prétentions sur l'hérédité. Ainsi, comme nous l'apprend la loi 3, § 12, à notre titre, il peut se faire que des débiteurs héréditaires, dans le but de gagner du temps et pour éviter l'action de l'impubère, lui contestent sa qualité d'héritier, en disant qu'il n'est pas descendant du défunt et que l'hérédité doit être attribuée à un agnat, qui se trouve pour le moment au delà des mers. Néanmoins l'impubère pourra les contraindre à payer, en demandant la possession de biens de l'édit Carbonien, à charge par lui de fournir caution. (L. 3, § 12, *h. t.*) Cette caution sera reçue par l'un des esclaves de l'agnat absent, ou, si l'agnat n'a pas d'esclaves, par un *servus publicus.* Nous allons voir, en effet, que l'impubère doit fournir caution pour obtenir l'administration et la possession des biens héréditaires.

§ 6. — Effets de la *bonorum possessio ex edicto Carboniano.*

Les effets de la *bonorum possessio ex edicto Carboniano* sont fort importants. Julien dit d'une manière générale : « Quotiens « Carbonianum decretum interponitur, eodem loco rem haberi « oportet, quo esset si nulla controversia fieret ei qui bonorum « possessionem acceperit. » (L. 7, § 4.) Cette règle est toutefois trop absolue, et il vaut mieux, pour déterminer la plupart de ces effets, distinguer selon que l'impubère fournit ou ne fournit pas caution de restituer l'hérédité à l'époque de sa puberté, pour le cas où il serait jugé contre lui qu'il n'a pas la qualité d'enfant du défunt.

Première hypothèse.— L'impubère fournit caution.

Il est alors mis seul, à l'exclusion de tous, en possession des biens héréditaires. Cependant cette règle souffre une exception :

si les adversaires de l'impubère sont eux-mêmes des enfants du défunt, tous sont mis en possession, en concours avec l'impubère, mais alors celui-ci n'est pas tenu de fournir caution. (L. 5, pr., *h. t.*)

Une fois en possession, l'impubère peut exiger le rapport, mais à charge toutefois de fournir aussi caution pour les biens rapportés (L. 16); il peut acquérir la possession des biens héréditaires qui se trouvent entre les mains des tiers, par l'interdit *quorum bonorum* (L. 3, § 13, *h. t.*); il a le droit d'administrer l'hérédité, d'intenter les actions personnelles contre les débiteurs de la succession; réciproquement, il doit répondre à l'action des créanciers héréditaires; s'il ne le fait pas, les créanciers peuvent demander et obtenir une *missio in possessionem* des biens de la succession, pour se faire payer. (L. 7, § 5, *h. t.*)

Mais si l'impubère jouit des interdits possessoires et des actions personnelles, au contraire, il ne peut, sous aucun prétexte, intenter les actions réelles qui compétaient au défunt. Ainsi, il n'a pas le droit d'intenter l'action en revendication (L. 3, § 13, *h. t.*); de même, il ne peut pas non plus intenter la *petitio hæreditatis* du droit civil, ni même la *possessoria hæreditatis petitio*. Le préteur, en effet, tout en lui accordant provisoirement et par présomption la qualité de fils, et en lui donnant la possession exclusive des biens héréditaires, ne veut pourtant pas qu'il puisse par là porter préjudice à ses adversaires, ce qui pourrait avoir lieu s'il jouissait du droit d'intenter les actions réelles. Si l'impubère, malgré les prohibitions de l'édit, intente l'action en revendication ou la pétition d'hérédité, on peut le repousser au moyen de l'exception de dol, ou bien faire juger immédiatement et dans l'instance même la question d'état, sans que l'impubère ait le droit de s'y opposer en invoquant l'édit Carbonien. (L. 3, § 13, *h. t.*; cpr. const. 1, *De ord. judic.*, 3, 8; const. 8, *De petitione hæreditatis*, 3, 31.)

La loi 3, § 3, *h. t.*, n'est nullement contraire à cette doctrine, quand elle dit :

« Parvi refert utrum petitor sit impubes, an possessor, qui « status controversiam patitur, nam sive possideat, sive petat, in tempus pubertatis differtur. »

On ne saurait soutenir sérieusement, en s'appuyant sur les ts *petitor hæreditatis*, qu'on peut à la fois obtenir la *bono-*

rum possessio de l'édit Carbonien et intenter la pétition d'hérédité. Ce texte signifie seulement que, quand on soulève au *petitor hæreditatis* une question d'état, il doit demander la *bonorum possessio* de l'édit Carbonien; mais une fois cette possession de biens obtenue, on ne peut plus intenter la pétition d'hérédité.

Certains auteurs, comme Loehr et Foerster, se sont appuyés sur cette position particulière qui est faite au *bonorum possessor* de l'édit Carbonien, pour soutenir qu'il s'agit bien moins d'une *bonorum possessio* proprement dite que d'une simple *missio in possessionem*.

Mais le contraire résulte des textes les plus formels, qui tous parlent en notre matière de *bonorum possessio*. (L. 1, §§ 8, 9, 10; L. 3, §§ 2, 3, 4, 5, 13, 14, 15, 16; L. 4; L. 7, § 4; L. 8; L. 14.) Hermogénien surtout ne laisse aucun doute sur ce point dans la loi 15, *h. t.*, où il énumère les effets de cette *bonorum possessio* :

« Hæc bonorum possessio, si satis datum sit, non tantum ad « possessionem adipiscendam, sed ad res etiam persequendas « et debitum exigendum et collationem bonorum et dotis et « omnium, quæ conferri diximus, prodest. »

D'ailleurs, les délais ordinaires prescrits pour demander la *bonorum possessio* s'appliquent aussi à la possession de biens de l'édit Carbonien, comme nous le verrons plus loin (L. 3, § 14, *h. t.*); et, d'un autre côté, tous les textes qui parlent des différentes *missiones in possessionem* gardent le silence à l'égard de la *Carboniana bonorum possessio* (L. 4, § 1, *De officioso ejus cui mandata est jurisdictio*, 1, 21; L. 3, § 23; L. 10, § 1, *De acq. vel amitt. poss.*, 41, 21; L. 1, *Quib. ex causis in poss. eatur*, 42. 4.) (Cpr. en ce sens : de Vangerow, *Lehrbuch*, § 512; Cujas sur L. 3, *h. t.*)

Deuxième hypothèse. — L'impubère ne fournit pas caution.

En pareil cas, on envoie son adversaire en possession, et c'est lui qui administre l'hérédité, à la condition toutefois de fournir caution (L. 1, § 1, *h. t.*; const. 1, *h. t.*); malgré cette caution, on prend des mesures de sûreté contre lui, pour l'empêcher de soustraire les choses qu'il pourrait facilement dérober : ainsi on ne lui laisse pas les titres du défunt. (L. 5, § 4.) S'il ne satisfait pas à cette obligation de fournir caution, on nomme un curateur auquel on confie l'administration (L. 5, § 2); on pourrait donner ces fonctions aux tuteurs de l'impubère, s'ils consentaient à fournir caution. (L. 5, § 5.) Dans tous ces cas, les

actions sont intentées par le curateur ou contre lui. (L. 5, § 1, *h. t.*)

Tels sont les effets, qui varient selon que l'impubère donne ou ne donne pas caution.

La *bonorum possessio Carboniana* produit toutefois d'autres effets, qui sont complétement indépendants de cette condition.

Et d'abord, que l'impubère ait ou non fourni caution, il a toujours le droit de se faire nourrir à la charge de l'hérédité ; c'est aussi la succession qui supporte les dépenses de son éducation. Son adversaire ne jouit, au contraire, jamais de ce droit, même lorsqu'il est chargé de l'administration, à moins qu'il ne soit aussi enfant du *de cujus, nam liberi utique sunt alendi.* (L. 5, pr., *h. t.;* L. 5, § 3; L. 6, §§ 4 et 5, *h. t.* — Const. 1; const. Th., *h. t.;* const. 2, *h. t.*) L'impubère n'est pas tenu, dans la suite, de restituer les dépenses de son entretien, qu'il conserve ou non définitivement l'hérédité.

Lorsque la reconnaissance de la qualité de descendant à l'impubère doit avoir pour résultat de rompre le testament, d'après l'édit Carbonien, toutes les dispositions du testament restent en suspens jusqu'à l'époque de la puberté. (L. 3, § 11.) Ainsi, dans le cas où le défunt aurait institué un esclave héritier nécessaire, si le posthume omis prétend que le testament a été rompu par sa naissance, et si l'esclave conteste à cet impubère la qualité d'enfant posthume du défunt, l'institution et l'affranchissement ne produisent pas effet tant que dure l'impuberté. Il en serait de même si le testament devait être annulé par la *querela,* dans le cas où l'on reconnaîtrait à l'impubère la qualité de descendant. (L. 7, § 2, *De hæred. petit.*, 5, 3.) Mais il ne faudrait pas croire que, la *querela* pouvant être intentée pendant cinq ans à partir de la puberté, la question de liberté de l'esclave restera encore suspendue.

Justinien, par une constitution introduite en faveur des esclaves, a décidé que les affranchissements resteraient suspendus pendant un an, dans le cas où une contestation s'élèverait sur l'hérédité, mais qu'une fois ce délai expiré, la liberté serait toujours acquise, même dans le cas où le procès sur l'hérédité ne serait pas terminé. (Const. ult., § 2, *De petit. hæred.*, 3, 31.)

Les affranchissements qui dépendent du testament ne produisent donc pas immédiatement effet. Quant aux legs et aux

fidéicommis, des règles nouvelles ont aussi été introduites par Justinien. Cet empereur, dans sa const. ult. pr., *De hæred. pet.*, 3, 31, a décidé que leur exécution ne pourrait pas être retardée sans le consentement des légataires ou des fidéicommissaires; ceux-ci peuvent donc exiger de suite ce qui leur est dû; mais ils doivent fournir caution de restituer, pour le cas où le testament viendrait à être annulé. Cette solution semble contraire aux principes ordinaires du droit romain, qui se montre toujours plus facile pour les affranchissements qu'à l'égard des autres libéralités; mais cette différence s'explique par cette considération, qu'on peut en général revenir sur l'exécution d'un legs ordinaire, tandis que l'affranchissement opère d'une manière irrévocable.

Un dernier effet de la *bonorum possessio ex edicto Carboniano* est d'attribuer à l'impubère le rôle de défendeur lorsque s'ouvre le procès sur l'hérédité : il est naturel qu'il soit défendeur quand il a fourni caution et se trouve ainsi déjà en possession de l'hérédité; mais, même dans le cas contraire, il peut encore, au moment où commence le procès, se faire mettre en possession et prendre le rôle de défendeur, à la condition de fournir cette caution, qu'il n'a pas donnée pendant son impuberté. (L. 6, § 6, *h. t.*)

La loi 14, *h. t.*, pourrait paraître contraire à cette solution. Elle suppose un impubère auquel le préteur a donné la *bonorum possessio ex edicto Carboniano;* mais cet impubère, au moment où il atteint sa quatorzième année, n'est pas encore entré en possession, parce qu'il n'a pas fourni caution; le jurisconsulte décide qu'il sera demandeur; toutefois, comme le fait remarquer Cujas (sur L. 6, § 6, *h. t.*), il faut sous-entendre : *nisi satisdare sit paratus,* à moins qu'il ne soit disposé à fournir caution.

S'il refuse, son adversaire est maintenu en possession, et l'impubère devient demandeur (L. 6, § 6, *h. t.*); il est, en effet, de principe, dans toute action réelle, que le défendeur doit fournir caution.

Le procès sur l'hérédité et sur l'état de l'impubère peut commencer dès que cet impubère a atteint l'âge de la puberté; l'effet de la *bonorum possessio ex edicto Carboniano* n'est donc pas perpétuel, mais au contraire, comme nous l'avons déjà dit

purement provisoire et intérimaire ; cet effet cesse avec la cause qui l'a produit, l'impuberté.

Cependant il est un cas où, par exception, celui qui a obtenu la possession de biens de l'édit Carbonien continue à en jouir après sa puberté : cette exception se présente lorsqu'il existe deux impubères appelés à la succession et dont on conteste l'état; tous deux obtiennent la possession de biens de l'édit Carbonien, et si l'un d'eux devient pubère avant l'autre, il n'en continue pas moins à jouir de cette *bonorum possessio* jusqu'à ce que l'autre ait également atteint sa puberté ; on ne veut pas que le plus jeune soit sacrifié et que la question concernant leur état commun soit jugée pendant son impuberté, par cette seule circonstance que le plus âgé est devenu pubère avant lui. (L. 3, § 8, *h. t.;* cpr. L. 3, § 10, *h. t.*)

Dans le cas où, au moment même de l'ouverture de la succession, l'un des deux enfants serait impubère et l'autre pubère, la question avait été controversée entre les jurisconsultes romains, de savoir s'il fallait remettre l'affaire à l'époque de la puberté.

« Si fratri puberi controversia fiat, » nous dit Paul dans ses *Sentences* (L. 3, tit. I), « an pro parte impuberis differri causa « debeat, variatum est ; sed magis est ut differri non debeat. »

Il résulte de ce texte qu'en pareil cas, malgré l'impuberté de l'un des deux enfants, par cela seul que l'autre est pubère, la question d'état peut être jugée de suite à l'égard des deux. Mais, comme cette solution est contraire aux principes de l'édit Carbonien, Cujas et Pothier sont d'accord pour lire : « Si fratri *im-* « *puberi* controversia fiat, an pro parte *puberis* differri causa « debeat » (Cujas sur L. 3, § 3, *h. t.*; Pothier, *Pand.*, *h. t.*, n° 18); et cette correction nous paraît bien fondée : il n'est pas douteux que la question n'avait pas pu s'élever à l'égard de l'impubère, mais seulement en ce qui concerne le pubère, et Paul avait décidé que son état pourrait être discuté de suite.

Si nous supposons maintenant l'enfant arrivé à sa puberté, le procès sur la question d'état est commencé, et il aboutit nécessairement à l'une de ces deux solutions :

Ou bien l'impubère gagne le procès, on lui reconnaît définitivement la qualité de descendant du défunt, et alors il exclut les autres personnes ou partage avec elles, lorsqu'elles sont du

nombre de celles que le droit civil ou l'édit du préteur admettent au même degré.

Ou bien l'impubère perd le procès; il est établi qu'il n'est pas descendant du défunt et qu'il n'a pas droit à la *bonorum possessio contra tabulas* ou à la *bonorum possessio unde liberi*. Dans ce cas, la succession se partage entre les seuls et véritables héritiers du défunt.

Mais s'ils étaient morts à ce moment, leurs droits pourraient-ils être exercés par leurs héritiers?

Papinien répond à cette question en ces termes : « Quod si « medio tempore scriptus vel ille qui intestati possessionem ha- « bere potuerit, morientur, heredibus eorum succurrendum « erit. » (L. 12, *h. t.*)

Le droit à la *bonorum possessio* se transmet donc aux héritiers de ceux qui ont été momentanément primés par l'impubère ; c'est une dérogation à la règle ordinaire suivant laquelle on ne peut transmettre que les *bonorum possessiones* acquises ; mais cette décision de faveur est fondée sur l'équité. « Quid « enim, » continue le jurisconsulte, « si non potuerant adire « hereditatem, jure cessante, vel ob litem in dubio constituti? » Pourquoi souffriraient-ils, puisque leurs auteurs n'ont pu faire adition d'hérédité, ni demander la *bonorum possessio*, étant primés par l'impubère qui avait réclamé une possession de biens plus proche?

§ 7. — Dans quels délais il faut demander la *bonorum possessio ex edicto Carboniano.*

Le délai donné pour demander une *bonorum possessio edictalis*, est d'un an pour les descendants et de cent jours pour les autres parents. (§ 8, I, *De bon. poss.*, 3, 9.) Le préteur a établi un délai semblable pour la *bonorum possessio* de l'édit Carbonien : il accorde un an au descendant impubère.

Nous avons vu que l'impubère peut aussi réclamer la *bonorum possessio* ordinaire et qu'il y est même obligé, s'il veut invoquer l'édit Carbonien, lorsqu'il n'a pas la qualité d'héritier du droit civil. Mais, dans tous les cas, les délais de la *bonorum possessio* ordinaire et ceux de la *bonorum possessio* de l'édit Carbonien sont indépendants; ils commencent à des époques différentes et

courent séparément, de sorte que le délai pour demander l'une peut être expiré alors qu'on est encore en droit d'invoquer l'autre.

Le délai de la *bonorum possessio* ordinaire part du jour de la délation; celui de la *bonorum possessio* de l'édit Carbonien court à partir de l'époque où l'enfant a connaissance de la contestation que l'on élève à propos de son état. (L. 3, § 16, *h. t.*)

Il peut se faire que l'impubère connaisse cette contestation le jour même de la délation, et alors les deux délais courent en même temps; mais on n'en devrait pas conclure que les deux délais sont liés nécessairement l'un à l'autre.

Ces explications nous permettent de comprendre la loi 4, *h. t.*, qui a paru si difficile à un grand nombre d'auteurs.

Le jurisconsulte Julien s'exprime ainsi :

« Ideo, si ex prima parte edicti bonorum possessionem non « petierit, alias poterit ex sequenti parte edicti ad exemplum « Carboniani accipere bonorum possessionem, alias non poterit; « nam si confestim post patris mortem controversia ei facta fue- « rit, an inter liberos bonorum possessionem accipere possit, « simul ad utriusque edicti causam annus cessisse videtur; si « vero interposito tempore scierit, controversiam sibi moveri, « poterit etiam finito tempore, intra quod ex prima parte bono- « rum possessionem acceperat ex sequenti bonorum possessio- « nem petere, quam quum acceperit, perpetuo possessoriis « actionibus utetur; sed si post pubertatem contra eum judica- « tum fuerit denegabuntur ei actiones. »

Cujas et Pothier (Cujas, *Comm. ad Julian.*, sur cette loi; Pothier, *Pand.*, sur ce titre, n° 28, note 6), pour interpréter ce texte, suppriment la négation et lisent : « Si ex prima parte edicti bo- « norum possessionem petierit. » Ils expliquent ensuite la loi de la manière suivante : il s'agit d'un impubère qui a demandé la *bonorum possessio* ordinaire. Peut-il encore obtenir celle de l'édit Carbonien, après avoir obtenu la possession de biens ordinaire, si les délais de cette dernière sont expirés? Tantôt il ne le peut pas, tantôt il le peut, dit Julien. Il ne le peut pas lorsqu'on a de suite contesté son état, car alors les délais des deux *bonorum possessiones* ont couru en même temps, et celui de la *bonorum possessio* de l'édit Carbonien est expiré, par cela même que celui de la *bonorum possessio* ordinaire est également écoulé. Il le peut,

au contraire, quand la question d'état n'a été soulevée qu'au bout d'un certain temps (*interposito tempore*) : parce qu'alors les délais de la possession de biens extraordinaire peuvent encore courir, quoique ceux de la possession de biens ordinaire soient déjà expirés.

Il nous semble toutefois qu'il est possible d'expliquer ce texte en laissant subsister la négation. Le jurisconsulte a en vue deux cas différents : dans le premier, on a contesté à l'impubère son état, en même temps que l'hérédité lui était déférée, et l'impubère a laissé passer le délai d'une année de la *bonorum possessio* ordinaire sans demander cette possession de biens (*non petierit*); alors, comme ce délai a commencé à courir au même moment que celui de la possession de l'édit Carbonien, il est exclu à la fois de l'un et de l'autre (*ad utriusque edicti causam annus cessisse videtur*); dans le second cas, il n'a connu la contestation sur son état qu'après la délation de l'hérédité, et il a demandé la possession de biens ordinaire dans l'année de la délation, laquelle se trouve maintenant écoulée; il peut cependant demander encore la possession de biens de l'édit Carbonien, parce que les délais de cette dernière ne sont pas encore expirés.

Le texte des Basiliques vient confirmer cette explication, car on y lit (traduction latine) :

« Ideo si simul mortem patris cognoverit, et status ei con-
« troversia facta fuerit, anno elapso, utraque bonorum posses-
« sione excluditur. Si tamen post tempus, ex quo patris mortem
« cognoverit, controversiam patiatur, bonorum etiam posses-
« sionem, quæ usque ad pubertatem datur, accipiens perpetuo
« actionibus utitur. »

(L. 4, à notre titre aux Basiliques, édit. Heimbach, IV, p. 77.) [1]

[1] De même, on lit dans le *Synopsis* des Basiliques : « Bonorum possessio « quæ datur impuberi, sicut et ceteræ possessiones ordinariæ, quæ liberis « dantur inter annum, datur. Qui vero pupilli curam gerit, non solum pos- « sessionem quæ ad pubertatem usque datur, petere debet, verum etiam « ordinariam. Incipit autem currere tempus, ordinariæ quidem, ex quo « patrem suum decessisse scit et facultatem petendæ bonorum possessionis « habuit, ejus vero, quæ usque ad pubertatem datur ex quo controversiam « sibi fieri cognovit. Ideoque si simul et de patris morte cognoverit et « status ei controversia facta fuerit elapso anno, utraque possessione ex- « cluditur. » (Leuclavius, *Synop. Basilic.*, lib. IV, tit. IV, n° 4.)

Telle est aussi l'explication que Bachofen et de Vangerow donnent de ce texte.

Les expressions *bonorum possessio ex prima parte edicti* et *bonorum possessio ex sequenti parte edicti* désignent donc, l'une la *bonorum possessio contra tabulas*, et l'autre la *bonorum possessio* de l'édit Carbonien. On a soutenu qu'en parlant de possession de biens *ex sequenti parte edicti*, Julien avait voulu désigner les possessions de biens *unde liberi* et *unde legitimi*. Toutefois, c'est là une erreur qui résulte non-seulement de l'ensemble de notre texte, mais encore de l'ordre même des titres du Digeste. Dans le classement de ces titres, les compilateurs du Digeste ont suivi l'ordre de l'édit. Or, les Pandectes, après avoir parlé de la possession de biens *contra tabulas*, passent à la possession de biens de l'édit Carbonien.

Pour que l'impubère, privé de la possession de biens ordinaire, puisse cependant invoquer celle de l'édit Carbonien, comme le suppose Julien, il faut qu'il ait alors la qualité d'héritier du droit civil. Nous avons vu, en effet, qu'on peut se contenter de cette qualité et demander la possession de biens de l'édit Carbonien ; mais en pareil cas, comme aucune possession de biens ordinaire n'a été demandée au préteur, ceux qui sont appelés par l'édit immédiatement, à défaut de l'impubère, peuvent demander et obtenir la possession de biens *edictalis*. (L. 1, § 4, *Si tabulæ testamentariæ nullæ exstabunt*, 38, 6.) La possession de biens de l'édit Carbonien n'exclut donc pas la possession de biens ordinaire.

Le jurisconsulte Julien nous en donne un exemple dans la loi 7, § 8, à notre titre :

« Quæsitum est an simul et pupillus ex Carboniano et scripti « hæredes secundum tabulas bonorum possessionem haberent ? « Respondi : Si filius non esset, aut non accepisset contra ta- « bulas vel ab intestato bonorum possessionem, simul et ipsum « ex Carboniano et scriptos hæredes secundum tabulas habituros « bonorum possessionem. »

Le jurisconsulte se demande si la possession de biens *secundum tabulas* de l'héritier institué peut concourir avec celle qui est donnée à l'impubère.

Il répond que ce résultat peut se présenter dans deux hypothèses : « 1° si filius non esset ; 2° si impubes non acce-

« pisset contra tabulas vel ab intestato bonorum possessio-
« nem. »

Et d'abord, la possession de biens *secundum tabulas* des héritiers institués concourt avec celle de l'impubère, *si filius non esset*. Les auteurs sont loin de s'entendre sur le sens de ces expressions. Cujas soutient qu'il faut tout simplement supprimer les mots : *si filius non esset aut*. Mais ce moyen violent ne saurait être admis, d'autant plus que l'on retrouve ce membre de phrase dans les Basiliques (εἰ μὴ ἐστιν υἱός), où les deux hypothèses sont très-nettement prévues. (Edit. Heimbach, IV, p. 80.)

Huschké prétend que Julien a en vue l'hypothèse d'un impubère qui, en réalité, n'est pas enfant du défunt; après qu'il a obtenu la possession de biens ordinaire et celle de l'édit Carbonien, on découvre tout à coup, et de la manière la plus évidente, qu'il n'est pas fils du défunt; dans ce cas, la possession de biens de l'édit Carbonien donnée à l'impubère et même sa possession de biens *contra tabulas*, étant considérées comme nulles et non avenues, ne s'opposent pas à ce que l'on donne de suite la possession de biens aux institués.

Cette opinion doit être également repoussée : par cela même que l'impubère demande et obtient une possession de biens ordinaire, il exclut les autres personnes appelées à son défaut par l'édit du préteur; c'est ce qui résulte nettement de la loi 12, *h. t.*

M. de Vangerow, reproduisant l'opinion de Fabricius, pense que le texte est incomplet et qu'il faut lire : *Si filius non esset*, SED FILIA. En effet, la fille impubère pouvait aussi demander la possession de biens de l'édit Carbonien et la possession de biens *contra tabulas*. Mais il était de principe depuis Antonin qu'à l'aide de cette dernière, les filles émancipées omises ne pouvaient pas obtenir plus qu'elles n'auraient eu en vertu du *jus accrescendi* (Gaius II, §§ 125 et 126), si elles étaient restées sous la puissance du testateur. Dès lors, les filles émancipées prenant seulement une part de l'hérédité, le reste était acquis aux institués par la *bonorum possessio secundum tabulas*, qui concourait ainsi avec celle de l'édit Carbonien et la *bonorum possessio contra tabulas*.

Si l'interprétation de Cujas présente l'inconvénient de supprimer plusieurs mots, on peut reprocher à cette dernière d'ajouter au texte. Aussi tout en reconnaissant que, dans cette hypothèse, la

possession de biens des institués concourt avec celle de la fille, nous ne pensons pas que Julien ait eu l'intention d'en parler ici; suivant nous, Julien a eu en vue un cas tout spécial: celui où l'on acquiert, pendant l'impuberté, la preuve que l'impubère n'est pas fils du défunt, *filius non est*[1].

S'il est de principe, en effet, que la question d'état de l'impubère doit rester en suspens jusqu'à l'époque de sa puberté, cette règle souffre toutefois exception lorsque la mère est accusée d'adultère ou de supposition de part; en pareil cas, la condamnation de la mère acquiert autorité de chose jugée contre l'enfant, comme nous le verrons bientôt, et s'oppose à ce que le préteur lui donne la possession de biens; on le considère comme s'il n'existait pas. Mais il est possible qu'il ait obtenu les possessions de biens avant que l'accusation n'ait été dirigée contre sa mère; en pareil cas, le préteur ne les lui retire pas, mais il accorde la *bonorum possessio* à quiconque l'aurait obtenue à son défaut, et refuse tout effet à celles qu'il a données à l'impubère; et ainsi, en réalité, la *bonorum possessio* des institués ou des parents du défunt concourt avec celles de l'impubère.

La seconde hypothèse de ce concours présente moins de difficulté : « Si impubes non accepisset contra tabulas vel ab in-« testato bonorum possessionem. »

On a prétendu que Julien, sous cette forme négative, avait voulu dire tout simplement : *si accepisset bonorum possessionem secundum tabulas;* mais cette interprétation nous paraît bien hasardée. Il faut reconnaître que Julien aurait employé une formule bien détournée pour exprimer sa pensée; et d'un autre côté, le *possessor Carbonianus* ne demande pas, en général, la possession de biens *secundum tabulas*, comme nous l'avons vu, sauf dans des cas exceptionnels (L. 1, § 8, *h. t.*), et que Julien aurait précisés s'il avait eu l'intention de s'y référer.

Il faut supposer tout simplement un impubère en puissance et omis; cet impubère s'est contenté de sa qualité d'héritier du droit civil *ab intestat;* son omission a rendu, en effet, le testament nul, *jure civili.* Mais il n'a pas demandé la *bonorum pos-*

[1] Ce qui vient confirmer cette interprétation, c'est la Scolie des Basiliques qui, pour préciser, au lieu de répéter avec le texte : εἰ μὴ ἐστιν υἱός, a soin de dire : εἰ μὴ ἦν ὁ υἱός. (Édit. Heimbach, IV, p. 81.)

sessio contra tabulas, comme il en avait le droit, ni la possession de biens *ab intestat*; les institués n'en obtiennent pas moins la possession de biens *secundum tabulas*. Le préteur, en effet, malgré l'omission d'un *suus* dans le testament paternel, et malgré la nullité de ce testament en droit civil, accorde la *bonorum possessio secundum tabulas* aux institués, si le testament est *septem signis obsignatum*, et si le fils omis ne demande pas la *bonorum possessio contra tabulas*. (L. 2, pr., *De bonor. poss. secundum tabulas*, 37, 11.)

§ 8. — Du cas particulier où la mère de l'impubère est condamnée pour adultère ou supposition de part.

Il nous faut, en terminant l'étude de cette matière, signaler une exception que comporte l'édit Carbonien; malgré l'impuberté de l'enfant, on peut soulever contre sa mère une accusation d'adultère ou de supposition de part. Dans ce cas, si la mère est condamnée, on refuse à l'impubère le bénéfice de l'édit Carbonien : « Post eventum cognitionis, dit Ulpien, si suppo-« situm apparuerit, actiones hereditariæ puero denegandæ sunt, « omniaque perinde habenda ac si scriptus non fuisset. » (L. 1, § *ult.*, *h. t.*)

Quelle est la portée de cette disposition ? c'est là une question fort délicate sur laquelle les auteurs sont loin de s'entendre. Cujas (obs. XX, 24) et Pacius (ΕΝΑΝΤΙΟΦ. IX, 97) pensent que la sentence rendue à l'égard de la mère est opposable à l'impubère par exception aux principes ordinaires sur l'autorité de la chose jugée.

Accurse suppose qu'on a mis l'impubère en cause dans ce texte, et que, dès lors, il n'existe aucune exception aux règles ordinaires.

Suivant d'autres auteurs, et notamment Wissenbach, Ulpien, dans la loi 1, § *ult.*, n'a pas eu l'intention d'aller jusqu'à dire que la sentence prononcée contre la mère serait opposable à l'impubère; il a seulement voulu poser en principe qu'en pareil cas le préteur ne donne pas la possession de biens de l'édit Carbonien; et, en effet, le préteur ne l'accorde qu'autant que la question de filiation paraît douteuse (*si ambiguam causam invenerit, ut non videatur evidenter filius non esse*, L. 3, § 4, *h. t.*);

or, la condamnation de la mère fait naître contre l'impubère la présomption qu'il n'est pas fils; mais l'effet de la sentence s'arrête là; et l'impubère peut toujours faire juger la question d'état sans qu'on ait le droit de lui opposer l'*exceptio rei judicatæ;* seulement, comme la possession de biens de l'édit Carbonien lui est refusée, il faut qu'il recoure aux actions héréditaires ordinaires, ce qui l'oblige à faire juger immédiatement la question d'état.

Cette solution nous paraîtrait fort juste, s'il était possible de la concilier avec les textes.

Mais il résulte des lois les plus précises de notre titre, que la sentence rendue contre la mère ou à son profit avait autorité de chose jugée vis-à-vis de l'impubère. On reconnaissait à la mère la qualité de *legitimus contradictor*, et la chose jugée pour ou contre elle devenait loi vis-à-vis de tous. C'est le cas de dire avec Vinnius : « In causa status sufficit pronunciatum esse, « legitimo contradictore præsente, de re principali, ut valeat « sententia inter omnes in eis quæ status secum affert et inde « pendent. » (Vinnius, *Partit. juris*, L. 4, ch. XLVII.) La théorie des légitimes contradicteurs, admise aussi dans notre ancien droit, qui l'avait empruntée au droit romain, résulte des textes les plus formels (L. 3, *De agnosc. et alendis liberis;* L. 25, *De statu hominum ;* L. 3, *De collusione detegenda*, 40, 16); et les lois de notre titre nous font bien voir que dans l'hypothèse on reconnaît cette qualité à la mère.

« Cum vero mater rea postulatur, utique integra fide et ma- « jore constantia causam defensura recenti tempore, dubium « non est, cognitionem fieri oportere; et post eventum cogni- « tionis, si suppositum partum apparuerit, actiones hæreditariæ « puero denegandæ sunt, omniaque perinde habenda atque si « hæres scriptus non fuisset. » (L. 1, § 11, *h. t.*)

La mère représente donc l'impubère, parce qu'il n'est pas douteux qu'elle défendra l'état de cet enfant avec toute la fermeté et l'intégrité désirables; et si ensuite la supposition de part est établie, on refusera à l'impubère, non pas seulement la possession de biens de l'édit Carbonien, comme le dit à tort Wissenbach, mais toutes les actions héréditaires, même la pétition d'hérédité; cela résulte bien nettement de la fin du texte. Comment expliquer cette solution, si l'on n'admet pas

que le jugement a autorité de chose jugée vis-à-vis de l'impubère ?

La loi 3, § 6, *h. t.*, n'est pas moins précise :

« Si mater impuberis subjecti partus rea postulata causam « obtinuerit, poterit adhuc superesse status quæstio, utputa si « dicatur, aut non esse ex ipso defuncto conceptus, aut ex ipso « quidem, sed non ex matrimonio editus. »

Ainsi, quand la mère accusée de supposition de part a été absoute, on peut encore soulever contre l'impubère d'autres questions d'état, et, par exemple, soutenir qu'il est né de l'adultère, ou au moins qu'il n'est pas issu de justes noces, mais on n'a plus le droit de prétendre qu'il n'est pas l'enfant dont cette femme est accouchée. Sur ce dernier point, il y a chose jugée *erga omnes*. Telle est bien la pensée du jurisconsulte dans notre texte[1].

Si la mère est morte, l'accusation peut être intentée contre ses complices, même pendant l'impuberté de l'enfant; mais le jurisconsulte ne dit plus que la sentence a autorité de chose jugée vis-à-vis de ce dernier.

Enfin, toutes les fois que l'accusation est éteinte par le décès des coupables, comme on se borne alors à soulever une simple question d'état contre l'impubère, l'affaire est toujours remise à l'époque de la puberté. (L. 1, § 11; L. 2, L. 9, *h. t.*)

E. GLASSON,
Agrégé à la Faculté de droit de Nancy.

[1] Voir encore loi 13, où il est dit qu'en cas d'accusation de ce genre contre la mère *præjudicium fit impuberi*. On pourrait croire qu'il résulte de ce texte que les tuteurs peuvent demander la remise de l'accusation à l'époque de la puberté, mais cette proposition serait contraire aux principes établis dans les autres lois (L. 1, § *ult.*, et L. 9, *h. t.*) ; aussi telle n'est pas non plus la pensée du jurisconsulte. Paul, l'auteur de ce texte, suppose que, tout en accusant la mère d'adultère, on ne conteste pas les droits de l'impubère à la succession du père défunt ; et, dès lors, dit-il, la prétention des tuteurs de faire remettre l'accusation à l'époque de la puberté, n'a pas même l'ombre d'un fondement, puisqu'on ne conteste en aucune façon les droits de l'impubère à la succession du défunt, même pour le cas où la mère serait reconnue coupable d'adultère.

DE LA CONDITION
DES ENFANTS NÉS HORS MARIAGE
DANS L'ANTIQUITÉ
ET AU MOYEN AGE EN EUROPE.

DEUXIÈME ARTICLE.

DROIT COUTUMIER FRANÇAIS.

Nous comprenons sous ce titre, non-seulement le droit exposé dans les Coutumes rédigées en vertu de l'ordonnance de Charles VII, mais encore celui qui régit la France depuis l'avénement de la troisième race jusqu'à la rédaction officielle des Coutumes. C'est en effet pendant cette première période que le droit coutumier s'est formé des éléments germaniques, romains ou canoniques; c'est à cette époque qu'il a commencé à prendre un caractère national, à se faire français.

La condition des bâtards avoués des rois et des princes, qui fut assez douce sous l'empire des lois barbares, puisqu'on en a vu succéder à leur père au détriment même des enfants légitimes, était déjà, vers la fin du dixième siècle, bien moins avantageuse qu'auparavant.

Par une ordonnance, Hugues Capet avait déclaré les bâtards des princes incapables de succéder au trône; il avait défendu de les admettre dans la famille royale, et ne les avait autorisés à porter les armes de France qu'à la seule condition de les faire traverser par une barre allant de droite à gauche en signe de bâtardise[1]. D'Aguesseau pense qu'il en fut des bâtards des grands comme de ceux des rois, et qu'ils furent, eux aussi, exclus de l'héritage paternel[2]. Quant aux enfants naturels qui n'avaient pas pour parents de hauts personnages, ils furent

[1] Bacquet, *Traité du droit de bâtardise*, chap. II.
[2] D'Aguesseau, *Dissert. sur les bâtards*, t. VII, p. 405.

traités comme par le passé, c'est-à-dire qu'ils continuèrent à être serfs[1]. Ils payaient, paraît-il, le droit de chevage comme les autres serfs de mainmorte[2]; ils encouraient comme eux le droit de formariage, lorsqu'ils épousaient des personnes qui n'étaient pas de leur condition, c'est-à-dire la confiscation du tiers de tous leurs biens.

Néanmoins, paraît-il, cette Coutume ne devait pas être suivie dans le pays, qui, plus tard, est devenu le bailliage de Beauvoisis, car nous savons par Beaumanoir que, de son temps encore, dans ce bailliage il suffisait, pour échapper au servage, de prouver qu'on était bâtard[3].

Beaumanoir approuve cette décision : il trouve qu'il est juste de ne pas imposer au bâtard l'obligation d'être serf, comme l'est

[1] Il est incontestable que déjà, au temps de Clovis, les bâtards étaient serfs. Cela résulte clairement du passage suivant de Witikind, cité par d'Aguesseau (*Dissert. sur les bast.*), où il est rapporté que Thierry, fils illégitime de Clovis, pour s'affermir sur le trône, avait envoyé une ambassade à Hermanfroy, roi de Thuringe; que celui-ci ne voulut pas le reconnaître, et que, sans avoir égard au privilége des bâtards avoués par les princes, il répondit, suivant le droit commun, que Thierry, comme bâtard, était serf. « Secundum hæc verba Hermanfridus respondit legato amici-« tiam quidem et propinquitatem Theodorico non negari; mirari tamen « non satis posse, quomodo usurpare vellet prius imperium, quam liberta-« tem, servus natus. »

[2] *Li droit et lis coustumes de Champaigne et de Brie que li roi* Thiebaulx *establi*, publiés par Bourdot de Richebourg dans le tome III de son *Nouveau Coutumier général*.

N° 60. « Il est coustume en Champaigne, que se aucuns homs de main-« morte se muert, senz hoirs de son corps, ou il est este partiz de ses « hoirs, que li sires emporte leschoite, en meubles et en héritages, pour « cause de la main-morte. Et se ainsi est, qui veuille renoncer aux meu-« bles, et retenir les héritages par devers lui, tant seulement, il n'est tenu « à payer nulles des debtes au mort. Et se il s'aseignorist de penre les « meubles et les héritages, il sera tenu à payer toutes les debtes au mort « pour raison des meublez : et pour les héritages ne paieroit-il riens. Ainsin « en use en généralement, es cas de main-morte. »

[3] Beaumanoir, *Coutumes du Beauvoisis*. Nouvelle édition, publiée par M. Beugnot, Paris, 1842, t. II, chap. XLV, § 16, p. 223.

« La tierce reson, comment cil qui est porsivis de servitute se pot de-« fendre, si est par une cause qui n'est pas cortoise ; nepourquant, noz « l'avons plusors fois oy mettre avant en le deffense de celi qui on porsi-« vait de servitute, c'est quant il dit et il veut prover qu'il est bastars ; et « cele prœve fete, il est hors de servitute. »

presque toujours au moins un de ses parents, puisqu'on lui refuse le droit de rien recevoir d'eux.

Les bâtards, avons-nous dit, étaient généralement serfs. Toute rigoureuse qu'elle est, cette décision n'est pas inexplicable. La plupart du temps, en effet, un des parents de ces malheureux appartenait à la classe des serfs. Or nous savons que, chez tous les peuples de race germanique, l'usage était que l'enfant illégitime devait suivre la condition de celui de ses parents qui avait la moins bonne. Ce fut seulement au temps de Louis IX que cet usage disparut. Il résulte en effet des *Établissements de saint Louis* qu'à cette époque la maxime romaine : *Partus ventrem sequitur*, remplaça le dicton barbare : *En formariage le pire emporte le bon*. On décida que l'enfant d'une femme libre et d'un serf serait libre comme sa mère[1].

Non-seulement dans notre ancienne France le bâtard était serf, mais on l'excluait en outre de la famille, et il ne lui était pas permis de succéder à ses parents. Quelques Coutumes cependant n'admettaient pas cela. Telle est celle de Riquebourg-Saint-Vaast, qui fut concédée par une charte en 1230. Nous y voyons que les enfants naturels succédaient à leur mère comme les enfants légitimes. « Ly enffant venu de sougnant partiront à l'héritage de leur mère[2]. »

Il est certain qu'à cette époque le viol et le rapt étaient réprimés. Voici ce que décide à ce sujet l'article 25 des *Priviléges* accordés en 1228 à la ville de Saint-Dizier, par Guy de Dampierre : « Quicumque per vim feminam violaverit, si de eo « veritate scabinorum convincatur, ipse et omnia bona sua in « voluntate domini erunt[3]. »

Avant de nous livrer à une étude plus approfondie de la position des bâtards en France pendant la période qui nous occupe, faisons remarquer que le concubinat romain, tantôt ouvertement attaqué par l'Église, tantôt sourdement miné par elle, avait à cette époque complétement disparu de la presque totalité du pays. Dans quelques provinces du Midi seulement il

[1] *Établissements de saint Louis*, liv. II, chap. XXXI.

[2] *Coutumes de Riquebourg Saint-Vaast*, art. 22, publiées par M. Bouthors dans son *Recueil des Coutumes du bailliage d'Amiens*, p. 505.

[3] *Priviléges de Saint-Dizier*, publiés par M. Beugnot dans le tome II des *Olim*, p. 706.

persista quelque temps encore. Cujas le constate pour les régions des Pyrénées et de la Gascogne[1], et M. Giraud le trouve encore existant en 1246 à Toulouse[2].

Pour se faire une idée exacte de la position des bâtards en France pendant les temps qui se sont écoulés depuis l'avénement de la troisième race jusqu'à la rédaction officielle des Coutumes, nous pensons que le meilleur moyen est celui qui consiste à rechercher et à exposer les principes contenus dans les ouvrages les plus importants sur le droit de cette époque. Nous aurons grand soin, dans cet exposé, de tenir compte de la date à laquelle ces ouvrages ont été composés. Nous aurons de la sorte un aperçu chronologique aussi complet que possible de la législation française avant la rédaction des Coutumes.

Le plus ancien des monuments qui s'offre à nos recherches est un ouvrage intitulé *Assises de Jérusalem*. Écrit en 1173, d'après M. Beugnot, cet ouvrage est généralement regardé comme un miroir assez fidèle du droit coutumier français aux onzième et douzième siècles. Il se divise en deux parties distinctes : il y a les Assises de la haute cour, ou cour des barons, et les Assises de la cour des bourgeois. Nous n'aurons pas à nous occuper du premier de ces deux livres ; il ne dit rien des bâtards, et lorsqu'il est question de la succession à un fief, il n'y est jamais parlé que des enfants légitimes.

Tout le contraire a lieu dans les Assises de la cour des bourgeois. Nous y voyons les bâtards appelés à la succession de leur mère, qu'elle ait des enfants légitimes ou qu'elle n'en ait pas ; que ces bâtards soient simplement naturels ou adultérins, peu importe. Du moment qu'ils sont les enfants de leur mère, ils peuvent lui succéder.

« ... C'est assavoir que les enfans d'une feme qui a plusieurs « enfans, desqué les uns sont nés estant la feme mariée, qui « sont apelés enfans leaux, et les autres sont nés non estant la « dite feme mariée, qui sont apelés enfans bastars : ce ils peu- « vent hériter as biens de lor dite mère, auci les uns comme les « autres... car tous les enfans et les uns et les autres sont de

[1] Cujas, tit. XXVI, liv. V, Cod.

[2] M. Giraud, *Essai sur l'histoire du droit français au moyen âge*, t. I, p. 233. — *Sentence des consuls de Toulouse*, publiée par M. Giraud, à la page 113 du tome I, même ouvrage.

« son ventre issus et en celle engendrés par home... et dons tels « enfans bastars et avoustres doivent hériter as biens de la « mère, la ou il n'i a nulle messonge que ils ne sont enfans de « lor mère[1]. »

Voici un principe tout romain, qui certainement n'était pas de droit commun en France à cette époque.

Quant au père des enfants naturels, l'Assise lui permettait de disposer en leur faveur de toute sa fortune, s'il n'avait ni enfants légitimes, ni père, ni mère.

« S'il avient que uns homs tient une feme qui n'a point de « baron en son hostel, ne il n'a point de feme, et gist o luy, et « ont enfans, bien recommande la raison et l'asise, que à ces « enfans peut-il bien laisser et en sa vie et à sa mort, ces héri- « tages et son avez par dreit, parce qu'il n'en ait autres enfans « leaus, ni père, ni mère[2]. »

Mais dans le cas où l'homme avait ou son père ou sa mère, ou bien encore des enfants légitimes, il ne pouvait, sans leur assentiment, rien laisser à ses enfants naturels. Si, au contraire, ces derniers étaient accueillis et reconnus par leurs frères légitimes ou leurs aïeux, leur père pouvait les traiter comme s'ils avaient été légitimes.

« Mais s'il a autres enfans leaus, ou père, ou mère, ne le peut « faire, c'il ne les veillent accuillir par leur bone volenté ; mais « s'il les ja accuillent au frérage, bien pèvent puis atant avez « l'un frère comme l'autre, par dreit et par l'asise[3]. »

On remarquera dans cette dernière disposition le mélange des principes romains et barbares. Comme la loi romaine, l'Assise permet de donner quelque chose aux enfants naturels, mais elle a été chercher dans les lois barbares, pour l'adjoindre à cette disposition, la nécessité du consentement des enfants légitimes.

Il a été compris par les législateurs du royaume chrétien de Jérusalem, qu'il était plus humain et plus juste de punir les coupables dans leur propre personne que dans celle de leurs enfants ; aussi, tout en se montrant pénétrés d'une certaine bienveillance pour les bâtards, ont-ils sévèrement réprimé tout

[1] Assises de Jérusalem, *Cour des bourgeois*, chap. LX, p. 285.
[2] *Ibid.*, chap. LXXVIII, p. 119.
[3] *Ibid.*

attentat à la morale et à la pudeur. Les Assises de la cour des bourgeois nous apprennent, en effet, qu'en cas de viol la peine était pour le coupable de l'ablation des organes génitaux. Le mari qui surprenait sa femme en adultère pouvait la tuer ainsi que son amant, sans avoir rien à redouter. Mais pour qu'il en fût ainsi, il fallait qu'il tuât les deux coupables; s'il ne tuait que l'un d'eux, il était pendu [1]. On n'avait pas voulu que, en lui permettant de tuer l'un ou l'autre des coupables, cette faculté devînt pour lui le moyen de se débarrasser impunément, à l'aide d'un grossier stratagème, soit de sa femme, soit de son ennemi. Ce fut le roi Amaury Ier qui introduisit cet usage dans la législation des peuples chrétiens de l'Orient. Avant ce prince, la pénalité était différente. On lit en effet dans l'Assise de Naplouse : « Si in sua domo eos colloquentes invenerit, vir absque « membrorum abscissione ad ecclesiæ justitiam deducatur, et « si se ignito ferro purgaverit, impunitus dimittatur. »

Mais si le mari, n'usant pas du droit qui lui avait été reconnu par l'Assise de la cour des bourgeois, se faisait acheter et son silence et sa clémence, il pouvait ensuite être obligé par le coupable, qui se serait vu dans la nécessité d'accepter ce marché, à lui restituer ce qu'il en avait reçu [2]. On lui permettait de se venger, mais on ne voulait pas qu'il tirât profit de sa propre turpitude et du déshonneur de sa femme.

Enfin nous savons, par les Assises de la haute cour, que l'on considérait comme un manque de fidélité envers son seigneur le fait d'avoir débauché, ou cherché à débaucher sa femme, sa fille ou sa sœur [3].

Plusieurs ouvrages nous révèlent les usages et coutumes de la France pendant le treizième siècle. Le plus ancien est celui de Pierre des Fontaines. Viennent ensuite les *Établissements de saint Louis*.

Le premier de ces ouvrages ne contient rien ou presque rien sur les bâtards. Quant au second, il mérite une mention spéciale, car c'est lui qui le premier relate une amélioration sensible dans la position des bâtards, amélioration due à saint Louis.

[1] Assises de Jérusalem, *Cour des bourgeois*, chap. CCLXXXVIII, p. 218.
[2] Assises de Jérusalem, *Cour des bourgeois*, p. 151.
[3] Assises de Jérusalem, *Cour des barons* ou *Haute Cour*, p. 314.

Dans presque toutes les provinces, ainsi que nous l'avons déjà dit, les enfants naturels étaient regardés comme serfs ; ce fut Louis IX qui les affranchit de la servitude.

Les *Établissements* nous font encore savoir que, lorsqu'un bâtard venait à décéder sans enfants légitimes, toute sa succession devait être partagée entre les divers seigneurs dont relevaient les biens qui la composaient. Chacun d'eux prenait ce qui se trouvait dans l'étendue de son fief. On permettait cependant à la femme du bâtard de prendre son douaire sur les meubles qu'il laissait, mais seulement sa vie durant ; c'est-à-dire qu'à sa mort le douaire faisait retour au seigneur. On permettait aussi au bâtard de faire des legs, mais avec ses biens mobiliers seulement [1].

Il résulte encore des *Établissements de saint Louis* que l'enfant né hors mariage n'avait aucun droit sur les biens de ses parents morts intestats, et ce, à cause de l'irrégularité de sa naissance ; ces biens passaient aux héritiers légitimes, et, à leur défaut, au seigneur [2].

L'ancienne législation ne limitait pas ses rigueurs à la privation du droit de succéder, elle frappait encore le bâtard d'autres incapacités. Ainsi, le chapitre XCIX du livre Ier des *Établissements de saint Louis* ne reconnaît pas aux bâtards le droit de champart ou de terrage. Lorsqu'ils cédaient des terres au vassal d'un gentilhomme, en se réservant le droit de terrage, le seigneur pouvait les confisquer, mais il devait les rendre aux bâtards, à charge par ceux-ci de payer le cens et autres droits seigneuriaux [3].

La succession des bâtards, qui, dans l'origine, avait exclusivement appartenu au seigneur, commençait à cette époque à se transofrmer en un droit royal, connu sous le nom de *droit de bâtardise*. Le roi se déclarait le seigneur de tous les bâtards,

[1] *Établissements de saint Louis*, liv. I, chap. XCVII. « Quand bastart « muert sans hoir de sa fame, toutes ses choses sont à ses saigneurs, à « chacun ce qui sera en son fié ; mès il püet bien prendre ses müebles à « s'aumône, et sa fame son doüere, mès il retornera après sa mort aux « seignories. »

[2] *Établissements de saint Louis*, liv. I, chap. XCVIII.

[3] Voir à ce sujet la note de M. de Saint-Martin, au bas de la page 357 de son édition des *Établissements de saint Louis*.

qu'ils fussent nés dans ses domaines ou dans ceux des seigneurs qui relevaient de lui. Il se déclarait leur héritier, et ne permettait aux seigneurs de recueillir leur héritage que lorsque le bâtard décédait sur leurs terres [1].

Il paraîtrait encore, d'après une ordonnance royale, que le roi s'attribuait tous les bâtards de femmes franches, et qu'il ne laissait aux seigneurs que les bâtards de femmes serves [2]. Bien plus, il résulte d'un arrêt du Parlement, rendu sous saint Louis, que la Coutume de Bourges déclarait tous les bâtards hommes du roi. Voici cet arrêt du Parlement, tel que nous l'avons trouvé dans les *Olim :*

« Cum quidam miles de Biturica, filius domini Humbaudi, « dicti Geroire, militis, peteret sibi deliberari et reddi bona cu- « jusdam mulieris que decesserat, que erat femina sua de cor- « pore, et ipsam tanquam feminam suam de corpore explec- « taverat pacifice, ut dicebat; ballivus Bituricensis dicebat e « contrario, pro domino rege, quod hujusmodi bona debebant « esse domini regis, secundum consuetudinem ipsius terre, cum « ipsa mulier confessa fuisset in plena assisia se esse bastardam, « et secundum consuetudinem ipsius terre, omnes bastardi sunt « regis, que consuetudo non fuit negata ab ipso milite. Deter- « minatum fuit quod, ex quo, secundum consuetudinem ipsius « terre, omnes bastardi sunt regis, et ipsa mulier in plena as- « sisia recognovit se esse bastardam, remanebunt et erunt bona « ipsius mulieris domini regis, nisi miles probaverit ipsam fuisse « de legitimo thoro [3]. »

Les enfants illégitimes, nous l'avons vu, ne succédaient point à leurs parents; le seul droit qu'ils avaient, c'était de leur demander des aliments; mais ce droit ils l'avaient, qu'ils fussent naturels, adultérins ou incestueux. Quelques Coutumes, il est vrai, limitaient ce droit : telle est, par exemple, celle donnée de 1250 à 1260 aux habitants d'Alais, par le seigneur Bernard d'Anduze. Cette Coutume obligeait le père à contribuer pour moitié à la nourriture de ses enfants naturels, et ce, pendant trois ans seulement [4].

[1] *Établissements de saint Louis*, liv. II, chap. XXX.
[2] *Ordonnances*, t. I, p. 574, art. 4.
[3] *Olim*, publiés par M. Beugnot, t. I, p. 495, n° 15.
[4] Coutume d'Alais, qui se trouve à la page 1494 du tome III des *Olim :*

Les *Établissements de saint Louis*, qui punissent de la perte de ses droits successoraux la femme noble qui a eu des enfants avant d'être mariée[1], ne nous apprennent rien sur l'adultère. A Alais, les coupables étaient condamnés à être battus et promenés par la ville; et, ajoute la Coutume, ils ne seront pas condamnés à autre chose : « et en al ren non sian condemp-« nat[2]. »

Fort heureusement pour nous qu'un livre excessivement curieux, publié par M. Rapetti, nous donne la solution de plusieurs questions qui ne sont pas traitées dans les *Établissements de saint Louis*. Nous voulons parler du *Livre de Justice et de Plet*. Cet ouvrage, dont l'auteur est inconnu, a été écrit vers l'an 1270, dans la ville d'Orléans.

Le *Livre de Justice et de Plet* nous fait savoir que le bâtard ne pouvait citer sa mère en justice[3], qu'il lui était absolument interdit d'être témoin[4]. Il ne pouvait non plus être élu maire, ni élevé aux dignités, parce qu'on craignait que ces honneurs accordés aux bâtards n'eussent pour résultat d'en augmenter le nombre. Le roi, toutefois, pouvait relever le bâtard de cette incapacité, lorsque par sa moralité il semblait mériter une pareille distinction[5].

Il est expressément déclaré, dans le chapitre VIII du *Livre de Justice et de Plet*, que le bâtard suit la condition de sa mère, et que, si cette dernière était franche au moment de la conception, ou l'a été à un moment quelconque de la gestation, l'enfant qu'elle mettra au monde sera franc, « quar, ajoute le texte, la « chaitiveté de la mère ne doit pas nuire à celi qui est en son « ventre. »

Le *Grand Coutumier de Normandie*, qui date de la même

« *De Bastartz*. Si alcuns hom a coffessat o per razon es condempnatz d'al-« cuns bastartz que sia sieus, sia tengutz de far sos obs, segun son poder, « e la mitat de las messios que obs aurau en aquel, a noirir defra 3 ans. « D'aqui enans non sia tengutz outra sa voluntat. »

[1] *Établissements de saint Louis*, liv. I, chap. XII.

[2] Coutume d'Alais, *Olim*, t. 3, p. 1484, *De adulteri*.

[3] *Li livres de jostice et de plet*, publiés par M. Rapetti, Paris, 1840, p. 81.

[4] *Ibid.*, p. 177.

[5] *Ibid.*, p. 30, 34, 74.

époque que les *Établissements de saint Louis*, vient confirmer ce que nous savons sur les bâtards [1].

A la fin du treizième siècle nous rencontrons Beaumanoir, le célèbre commentateur de la Coutume du Beauvoisis. Lui aussi, il s'occupe des bâtards, et nous fournit quelques renseignements, qu'il est bon de recueillir en passant. Il rapporte que, de son temps, on ne devait jamais supposer la qualité de bâtard à une personne, et qu'elle n'était tenue pour telle que lorsqu'il était prouvé qu'elle était née soit d'une fille, soit d'une veuve, soit d'une femme mariée, mais d'un autre que du mari. Dans ce cas, l'enfant n'était pas simplement bâtard, il était avoltre, c'est-à-dire adultérin [2].

En Beauvoisis, comme dans toute la France, les enfants nés hors mariage ne succédaient point à leurs parents, mais ils pouvaient, à titre alimentaire, en recevoir des legs.

Laissons plutôt la parole à l'illustre bailli ; son vieux langage est bien supérieur à la pâle traduction que nous en pourrions donner.

« Bien sacent tuit cil qui sont bastart et qui bien le sevent, « par la connoissance de lor mère ou en autre manière, qu'ils « n'ont droit en nul descendement ; et s'il si mettent parce que « nul ne les debat, parce c'on n'en set pas la vérité, por ce ne « demeura pas qu'ils ne le tiengnent à tort et contre Dieu et el « peril de lor ames ; et s'ils voelent fere ce qu'ils doivent selon « Dieu, ils sont tenus au rendre à ceux qu'ils sevent qui sont « droit hoir et loial [3]. »

[1] *Grand Coutumier de Normandie*, publié par Bourdot de Richebourg, dans le tome IV de son *Nouveau Coutumier général*, Paris, 1724.

Chap. XXVII. « Les empeschementz d'héritage sont tels ; bastardie.... « Tous ceulz sont bastardz qui sont engendrez horz mariage. Bastard ne « peut estre héritier d'aulcun héritage (mais il le peut avoir par achat ou « autre condition). Aulcun ne peut être hoir à bastard, que les enfants « qu'il a de sa femme espousée. Ce qu'il aura conquis il le peut donner, « vendre ou engager à qui il vouldra, ainsi comme s'il fust de mariage, « forz à ceulx qu'il a engendrez en bastardie.

Chap. XXXVI. « Len doibt scavoir que aulcun ne peut donner à son filz « bastard aulcune chose de son héritage, ne vendre, ne engaiger, ne met- « tre en aulcune manière en sa main, que les hoirs ne puissent rappeler « dedens l'an et jour que le père sera mort. »

[2] Beaumanoir, *Coutumes de Beauvoisis*, publiées par M. Beugnot, Paris, 1842, t. I, p. 278, 279, 285, 286 et 208.

[3] Beaumanoir, *Coutumes de Beauvoisis*, t. I, chap. XVIII, art. 19, p. 290

Et plus loin : « Voirs est que en testament pot bien li hons ou « le feme laissier à ses enfans bastars, por cause de pité, aussi « comme il feroit a estranges personnes, c'est à savoir de lor « muebles ou de lor conquès, ou le quint de l'iretage. Nepor- « quant, se li hons ou le feme qui a enfans bastars et enfans « loiaux, n'a fors muebles et conques, noz ne noz accordons « pas qu'ils puissent estre laissié as bastars et rient as loiau « hoirs, se li hoir loial ne l'ont meffet vers le père ou vers la « mère, si comme noz deizmes el chapitre qui de ce parole. « Doncques disons noz en tel cas, que le plus grand partie en « doit estre laissié as hoirs loiau, et aucune coze en doit-on « lessier as bastars por lor soustenance. Mais se un hons ou « une feme n'a nul enfant loial, mais il a enfans bastars, bien « lor pot laissier ses muebles et ses conques et le quint de son « héritage, en tout ou en partie, mais s'il muert sans eux lais- « sier aucune coze, ils n'emportent riens ne que ferait uns es- « tranges[1]. »

Dans le bailliage de Beauvoisis, la bâtardise non-seulement n'était pas une cause de servitude, mais était même une preuve de franchise[2]. Néanmoins, on y regardait encore les enfants illégitimes comme de trop vile condition pour leur permettre de se battre en duel[3] contre une personne qui ne se trouvait pas dans une position semblable à la leur. Il paraît qu'on avait même été jusqu'à discuter sérieusement s'ils pouvaient être admis dans les hôpitaux. Beaumanoir soutient l'affirmative[4] avec infiniment de raison, à notre avis.

Pour sortir de la position fâcheuse à tous égards dans laquelle il se trouvait, le bâtard n'avait qu'un moyen : la légitimation. Beaumanoir ne nous parle que de la légitimation par mariage subséquent, et il nous apprend qu'elle ne produisait tous ses effets qu'à l'égard des enfants simplement naturels ; quant aux enfants adultérins, le mariage subséquent de leurs parents n'en faisait pas des héritiers légitimes, aptes à succéder à leurs père et mère[5].

[1] Beaumanoir, *Coutumes de Beauvoisis*, t. I, chap. XVIII, art. 20, p. 290.
[2] Id., *ibid.*, t. II, p. 223.
[3] Id., *ibid.*, t. II, p. 419.
[4] Id., *ibid.*, t. I, p. 326.
[5] Id., *ibid.*, t. I, p. 278 et 291.

En résumé, à la fin du treizième siècle les enfants nés hors mariage ne sont plus serfs, ils peuvent recevoir des legs de leurs parents, mais ils ne sont point appelés à leur succession ; il leur est interdit d'aspirer aux honneurs et aux dignités, et il leur est défendu de disposer par testament d'une partie de leurs biens.

Pendant les deux siècles suivants, la position des bâtards en France, en ce qui touche leurs intérêts personnels, ne se modifia pour ainsi dire presque pas. Le plus grand changement qui s'opéra durant cette période porta sur le droit fiscal de bâtardise qui, petit à petit, passa des seigneurs au roi.

En 1301, le roi Philippe IV reconnaissait le droit des seigneurs hauts justiciers à la succession des bâtards. Mais bientôt après, son successeur Louis le Hutin, par une ordonnance du mois de mai 1315, ne laissa aux seigneurs que l'héritage des bâtards, nés de leurs femmes de corps dans les terres où ils exerçaient la haute justice, et leur retira le droit de bâtardise dans tous les autres cas[1]. Cinquante et un ans plus tard, le roi Charles V revint sur la décision de son prédécesseur, et permit aux seigneurs de recueillir la succession des enfants naturels nés sur leurs terres[2]. Ce fut une faute, que son fils Charles VI s'empressa de réparer par l'ordonnance du 5 septembre 1386. Ce prince en revint au principe posé par son prédécesseur Louis le Hutin, principe qu'il déclare lui-même universellement reconnu[3], malgré l'ordonnance de son père.

A partir de cette époque, le droit de bâtardise devint définitivement un droit royal. Les seigneurs, dès lors, ne purent plus prétendre à la succession d'un bâtard que lorsqu'il était né, avait habité et était mort sur leurs terres, et lorsque ses biens y étaient situés. « Au roy, dit le *Grand Coutumier de France*, « appartient la succession de tous bastards, soyent clercs ou « laiz, toutesfois aucuns haults justiciers en ont jouy ; mais « avant qu'ils doivent avoir la succession desdicts bastards, il « convient qu'il y ait trois choses concurrentes ensemble. « Primo, que les bastards ou bastardes soyent néz en leurs

[1] *Ordonnances*, t. I, p 574.
[2] *Ibid.*, t. IV, p. 520.
[3] *Ibid.*, t. VII, p. 156.

« terres. Secundo, qu'ils y soyent demeurans. Tertio, qu'ils y « trespassent [1]. »

Certaines Coutumes se montraient encore plus favorables à la royauté que les ordonnances royales elles-mêmes. Ainsi, la Coutume de Bourgogne attribuait les biens de tous les bâtards au roi.

Il est du reste bien entendu que le roi ou le seigneur ne succédait à l'enfant naturel que dans le cas où ce dernier décédait sans enfants légitimes [2]. C'est ce qu'en ces termes constate Jean Desmares : « Item, se bastards ha enfans de loial mariage, ou « enfans de ses enfans, etc., eux luy succèdent, et ce iceux en- « fans muerent sans héritiers de leur corps, le seigneur succede « et est hoir à iceux enfans, tant que as héritages venans d'ice- « luy bastard père à iceux enfans, et non leur mère, quar ils « ne sont pas de sa ligne [3]. »

Lorsque le bâtard avait été marié, sa femme, devenue veuve, pouvait, au dire de Bouteiller, prendre la moitié des meubles que son mari laissait à son décès ; l'autre moitié allait au seigneur, et avec elle les dettes du défunt. Pour se dispenser de payer les dettes, le seigneur n'avait qu'une chose à faire : renoncer à sa part de meubles. Non-seulement la femme de l'enfant né hors mariage avait en toute propriété la moitié des meubles laissés par son mari, mais elle avait en outre un droit d'usufruit sur la moitié des autres biens recueillis par le seigneur [4].

De même que personne ne succédait au bâtard, à l'exception de ses enfants légitimes et du roi ou du seigneur, de même le bâtard ne succédait à personne ; sa condition était la même que celle de l'étranger [5]. Il est certain cependant qu'il n'en était

[1] Le *Grand Coutumier de France*, ou de Charles VI, publié par Charondas le Caron, liv. I, chap. III, p. 23.

[2] Les *Décisions* de Messire Jean Desmares, imprimées à la suite de la *Coutume de la prévotée et vicontée de Paris*, par Brodeau. Paris, 1669, n° 240.

Somme rurale, ou le *Grand Coustumier général de pratique civile et canon*, de Jean Bouteiller, publié par Charondas le Caron. Paris, 1603, chap. XCV, p. 537 et les notes.

[3] *Décisions* de Jean Desmares, n° 242.

[4] *Somme rurale* de Bouteiller, chap. XCV, p. 537 et les notes.

[5] *Décisions* de Jean Desmares, n° 239. — *Somme rurale* de Bouteiller, chap. XCV, p. 537 et les notes.

point ainsi dans toute la France. Les Coutumes de Cassel, de Flandres et de Ternois déclaraient que nul n'était bâtard par sa mère, et qu'un tel enfant avait droit à la succession maternelle, s'il n'en était pas exclu par des enfants légitimes.

Si le bâtard n'était appelé à succéder à personne, en revanche, ainsi que le fait remarquer Charondas le Caron dans ses *Notes sur le Coutumier de Charles VI*, il était capable de recevoir des donations et des legs, « encore qu'ils ayent esté faicts « par le père ou la mère[1]. »

A cette époque, tout bâtard n'étant plus fatalement serf[2], il en résultait que de son vivant il pouvait vendre, donner et échanger ses biens. Mais lorsqu'il s'agissait de faire des legs, sa capacité se restreignait quelquefois. Dans certaines contrées, il ne pouvait par testament faire des legs dépassant cinq sols[3].

Par ses lettres patentes du mois de mai 1301, le roi Philippe le Bel avait déclaré que les bâtards, à Château-Thierry, ne pourraient disposer par testament que de leurs biens meubles[4].

Pendant les quatorzième et quinzième siècles, le bénéfice de légitimation était conféré aux enfants naturels, soit par lettres du roi, soit par le mariage subséquent de leurs parents. Le droit d'accorder la légitimation dans le royaume de France appartenait au roi seul. « Au roy seul, lit-on dans le *Grand Coutumier* « *de Charles VI*, et pour le tout appartient faire et donner lé- « gitimations en et par tout son royaume indifféremment[5]. » Ainsi légitimé, le bâtard pouvait aspirer aux dignités ; il pouvait même, selon quelques auteurs, succéder à ses parents absolument comme s'il eût été légitimé par leur mariage subséquent[6].

La légitimation par mariage subséquent était la plus parfaite ; ses effets étaient considérables. Un grand nombre de jurisconsultes, Bouteiller entre autres, n'hésitaient pas à déclarer que le bâtard ainsi légitimé pouvait jouir des droits attachés à l'aînesse, si, par le fait de sa naissance, il se trouvait être plus âgé

[1] Le *Grand Coustumier de France*, liv. I, p. 27.
[2] *Décisions* de Jean Desmares, n° 240.
[3] *Somme rurale* de Bouteiller, chap. xcv, p. 537 et les notes.
[4] *Ordonnances*, t. XII, art. 15, p. 350.
[5] *Grand Coustumier de France*, liv. I, chap. III, p. 17.
[6] *Somme rurale* de Bouteiller, p. 657.

que ses frères légitimes[1]. Cette manière de voir de l'auteur de la *Somme rurale* avait été confirmée par un arrêt du Parlement. Il n'y avait, croyons-nous, que les enfants simplement naturels qui pussent être légitimés par mariage subséquent. Quant aux enfants adultérins ou incestueux, ils ne devaient avoir d'autres ressources que la clémence royale.

Telle fut approximativement la position des enfants hors mariage, pendant les premiers temps de notre droit coutumier ; temps pleins d'incertitude, car la Coutume n'étant pas régulièrement et définitivement constatée , dans toute contestation chacun l'alléguait pour soi : les juges ordonnaient des enquêtes par turbes, qui souvent induisaient en erreur, et quelquefois laissaient le juge dans l'indécision, parce qu'il arrivait souvent que la moitié des témoins alléguait une Coutume et que l'autre attestait une Coutume toute contraire. Ces inconvénients firent sentir la nécessité de rédiger les Coutumes par écrit.

Quelques tentatives de rédactions partielles avaient déjà été tentées sous Louis VII, Philippe-Auguste et saint Louis. Mais ce ne fut qu'en 1453 que Charles VII, après avoir chassé les Anglais de son royaume, rendit une ordonnance par laquelle il prescrivait de rédiger par écrit toutes les Coutumes de France. Cependant aucune ne fut rédigée sous son règne ; la première qui le fut en exécution de son ordonnance fut celle de Ponthieu, en 1495, sous Charles VIII.

Le travail de la rédaction des Coutumes avança peu jusqu'au temps de Louis XII, sous lequel on rédigea celles d'Anjou, du Maine, de Chartres, de Dreux, de Meaux, de Vitry, de Chaumont en Bassigny, de Troyes, d'Auvergne, d'Acqs, de Saint-Séver, de Labourd, de Bayonne, de La Rochelle et d'Angoumois.

Les autres Coutumes ont été rédigées sous François Ier et sous ses successeurs. Quelques-unes, après avoir été rédigées par écrit, ont été dans la suite réformées ; telles sont, entre autres, celles de Paris, d'Orléans, de Normandie, de Bretagne et d'Artois.

On divise les Coutumes de France en générales et locales. Les Coutumes générales étaient observées dans une province entière ; les Coutumes locales ne l'étaient que dans une ville, un

[1] *Somme rurale* de Bouteiller, chap. XCV, p. 537 et les notes.

bourg, un village. Il y avait environ soixante Coutumes générales et trois cents Coutumes locales.

Nous n'avons pas l'intention d'examiner ici, à propos des enfants naturels, chaque Coutume en particulier. Nous nous contenterons d'exposer les principes généralement admis, et nous ne nous occuperons spécialement d'une Coutume que lorsqu'elle contiendra quelques dispositions particulières.

Les Coutumes rédigées ne distinguent généralement pas entre elles les différentes espèces d'enfants nés hors mariage. Elles les comprennent tous sous le nom générique de *bâtards*. « On appelle bâtard, dit Pothier, tous ceux qui ne sont pas nés suivant les lois du royaume[1]. » Seules, les Coutumes de Valenciennes et de Bretagne les distinguent les uns des autres. Cependant la condition des uns n'était pas la même que celle des autres ; sur ce point, tous nos vieux jurisconsultes sont d'accord.

L'ancienne habitude qu'on avait de considérer les enfants nés hors mariage comme étrangers à la famille de leur père fut consacrée par les Coutumes. Toutes les rejettent du sein de la famille paternelle, et presque toutes aussi les excluent de la famille de leur mère. Nous reviendrons sur ce point en traitant des droits successoraux des bâtards. Pour le moment, occupons-nous des droits qui leur étaient généralement reconnus.

Bien que les Coutumes aient exclu les bâtards de la famille paternelle, elles ne leur ont cependant pas enlevé la jouissance des droits civils accordés à tous les citoyens[2]. Déjà depuis longtemps la bâtardise n'était plus une cause de servitude. On avait admis que les enfants nés hors mariage suivraient la condition de leur mère[3]; de sorte que les enfants illégitimes d'une femme franche étaient francs, et ceux d'une serve, serfs, sauf dans le

[1] Pothier, *Œuvres*, édition de M. Bugnet, t. IX ; *Traité des personnes*, tit. IV, p. 46.

[2] Dans quelques localités pourtant, les enfants nés hors mariage ne pouvaient être admis à la bourgeoisie ; par exemple à Aubigny. L'article 47 de la coutume de ce pays (coutume qui se trouve à la page 299 du *Recueil des coutumes du bailliage d'Amiens*, publié par M. Bouthors en 1853), s'exprime ainsi : « Bastard ne bastarde ne peuvent acquerir droit de bourgeois « ni de bourgeoise, d'aucune façon. »

[3] Loisel, *Institutes coutumières*, publiées et annotées par de Laurière. Paris, 1710, t. I, liv. I, § 23.

Beauvoisis [1], où déjà, du temps de Beaumanoir, l'enfant bâtard d'une serve était franc.

Il résultait de ce que l'enfant naturel suivait la condition de sa mère, que les bâtards ne pouvaient être nobles, car la noblesse ne se transmettait généralement pas par les femmes. Les enfants naturels reconnus et avoués par leur père n'étaient pas nobles non plus, la noblesse ne pouvant se communiquer que par des liens civils et par une union légitime [2]. On faisait cependant une exception en faveur des enfants reconnus par de hauts et puissants seigneurs, tels que les princes et les grands du royaume. Ces enfants, ainsi reconnus, étaient nobles et avaient le droit de porter les armes de leur père, mais barrées de droite à gauche, en signe de bâtardise [3]. La Coutume d'Artois allait encore plus loin : elle déclarait noble tout enfant naturel d'un noble. « Bâtards issus de noble génération de par père et « leurs enfants sont réputés nobles et jouissans du privilége de « noblesse en toutes choses [4]. »

Si les bâtards en France n'étaient pas propres à recueillir les titres et la noblesse de leurs parents, en revanche ils étaient aptes à remplir tous les offices royaux, soit dans la magistrature et l'armée, soit dans les finances et l'administration [5]. Quelques auteurs s'étaient élevés contre cette faculté accordée aux bâtards, et avaient tâché de faire maintenir dans notre droit coutumier la règle inique du droit canon. Fort heureusement leur opinion ne prévalut pas.

L'excellente règle du droit canonique, en vertu de laquelle les parents sont obligés de nourrir leurs enfants, était considérée comme de droit commun, quoique très-peu de Coutumes se soient expliquées à ce sujet [6]. La plus explicite entre toutes est

[1] Laurière sur Loisel, t. I, tit. I, liv. I, § 23.

[2] D'Aguesseau, *Œuvres*, t. VII, *Dissertation sur les bastards*, p. 417. — Voir aussi Guy Coquille, sur les articles 17 et 20 du titre *Des fiefs*, dans la Coutume de Nivernois.

[3] Laurière sur Loisel, t. I, liv. I, tit. I, § 44. — Bacquet, *Traité du droit de bâtardise*, chap. II, § 12, p. 766.

[4] *Coutume d'Artois*, art. 201.

[5] Bacquet, *Traité du droit de bâtardise*, chap. II, § 5, p. 764.— D'Aguesseau, *Dissert. sur les bastards*, p. 419 et 420. — Pothier, *Traité des personnes*, t. IX, p. 46.

[6] Legrand sur la *Coutume de Troyes*, art. 117.— Bacquet, *Traité du droit de bâtardise*, chap. III, § 2, p. 767 ; et chap. V, §§ 1 et 2, p. 773.

celle de Bretagne : « Si aucun avoit enfans bastards jeunes et « non puissans d'eux pour user de leur corps, ils doivent être « pourvus sur les biens de leur père ou de leur mère[1]. »

Cette obligation pour les parents de nourrir leurs enfants naturels nous est attestée par tous nos jurisconsultes. « Qui fait l'enfant le doit nourrir, » dit Loisel[2]. Pothier vient enfin ajouter le poids de son autorité à cette opinion si justement accréditée : « L'obligation, dit-il, en laquelle sont les père et mère de nourrir leurs enfants comprend même ceux qui sont nés d'unions illicites et de fornications. Lorsqu'une fille ou une veuve est grosse des faits d'un homme, sur la plainte qu'elle forme contre lui, et sur l'intervention du ministère public, cet homme, s'il en convient ou s'il en est convaincu, doit être condamné à se charger de l'enfant, à le faire élever dans la religion catholique, et à lui fournir les aliments nécessaires, à en rapporter certificats tous les trois mois au procureur du roi, et à lui faire apprendre un métier, lorsqu'il sera en état d'en apprendre un, pour le mettre en état de gagner sa vie. Lorsque l'homme dénie avoir eu commerce avec la fille, la preuve que la fille fera par témoins que cet homme a eu quelques familiarités ou privautés avec elle, suffit pour le faire présumer et le faire en conséquence condamner à se charger de l'enfant. Lorsque le père n'est pas connu, ou lorsqu'il n'a pas le moyen, c'est la mère qui doit être chargée de l'enfant. *Vice versâ*, un bâtard est obligé, même dans le for extérieur, lorsqu'il en a le moyen, de fournir à ses père et mère qui sont dans l'indigence et hors d'état de gagner leur vie, les aliments nécessaires, lorsque les père et mère n'ont pas d'enfants légitimes qui soient en état de leur en fournir[3]. »

C'était donc, pour l'enfant naturel que ses père et mère ne voulaient pas nourrir, un droit de les y contraindre. Dans ce but on lui accordait, comme l'avait fait le droit canonique, la

[1] *Coutume de Bretagne*, art. 478.

[2] Loisel, *Inst. coutum.*, t. I, liv. I, tit. I, § 41.

[3] Pothier, *Œuvres*, t. VI, *Traité du contrat de mariage*, p. 179. — Bacquet pense que, la dot n'étant que la représentation des aliments dus, la fille naturelle pouvait exiger une dot de son père. *Traité du droit de bâtardise*, chap. V, § 3, p. 773.

faculté de rechercher judiciairement ses père et mère lorsqu'ils ne l'avaient pas reconnu. Ce qui est juste, mais dangereux !

Lorsque l'enfant illégitime était parvenu à désigner ses parents, ou lorsqu'il avait été spontanément reconnu par eux, quelle était sa condition? Acquérait-il quelques droits à leur succession? Pas le moins du monde. L'ancienne législation française estimait que le mariage seul pouvait faire des héritiers, et tenait pour bonne cette vieille maxime : « Bastards ne « succèdent point[1]. »

Remarquons avec Le Brun qu'à l'époque où nous sommes arrivés, le concubinat romain a complétement disparu de France. Un arrêt du Parlement de Paris, rendu le 14 mai 1624, exclut le bâtard de la succession de sa mère, se fondant sur ce que le concubinat n'a plus d'existence légale et n'est plus qu'un concubinage.

De cette incapacité de succéder, deux conséquences pour le bâtard : la première, c'est qu'il ne peut exercer le retrait lignager[2]; la seconde, c'est que, par sa naissance, il ne porte pas atteinte aux donations auparavant faites par son père, pourvu toutefois qu'il ne soit pas légitimé plus tard par le mariage de ses parents[3].

Formulée comme elle l'est, la règle qui déclare le bâtard incapable de succéder, est inexacte ; elle est trop générale : il faut l'entendre en ce sens que les bâtards ne sont héritiers ni de leur père, ni de leur mère, ni des parents de ceux-ci, mais ne pas aller plus loin; car si les bâtards venaient à contracter eux-mêmes un légitime mariage, ils pourraient être appelés à la succession de leur conjoint et de leurs descendants[4].

Dans le Dauphiné et les provinces du Midi, ou pays de droit écrit, on admettait les enfants naturels à la succession de leur

[1] Loisel, *Institutes coutumières*, t. I, liv. I, tit. I, § 45. — Bacquet, *Traité du droit de bâtardise*, chap. II, § 6, p. 764.

[2] Le Maître, *Coutume de Paris*. Paris, 1741, tit. VII, p. 187. — Voir aussi Guy Coquille, sur le paragraphe 1 du titre *Du retrait lignager*, Coutume du Nivernois.

[3] D'Aguesseau, t. VII, *Dissertation sur les bastards*, p. 424.

[4] Loisel, *Institutes coutumières*, t. I, liv. I, tit. I, § 46.— Bacquet, *Traité du droit de bâtardise*, chap. VIII p. 784. — D'Aguesseau, *Œuvres*, t. VII, *Dissertation sur les bastards*, p. 429 et 430.

mère, et réciproquement la mère à celle de ses enfants[1]. Il en était de même dans quelques provinces du Nord[2]. Ainsi, les Coutumes de Valenciennes et de Saint-Omer déclarent que nul n'est bâtard par sa mère, et, en conséquence, elles appellent l'enfant naturel à la succession de celle qui lui a donné la vie[3]. Une autre, celle d'Aire, n'appelle l'enfant né hors mariage à la succession maternelle que dans le cas où il ne se trouve point d'enfants légitimes en concurrence avec lui[4].

D'Aguesseau, qui en cela ne fait que suivre l'avis de Dumoulin, croit que l'esprit de ces Coutumes est d'appeler le bâtard non-seulement à la succession maternelle, mais encore à celle des parents maternels, et il voit la preuve de ce qu'il avance dans l'article 122 de la Coutume de Valenciennes, qui admet les parents maternels à la succession du bâtard[5].

Exclure l'enfant naturel de la succession de ses père et mère eût été la plupart du temps une vaine mesure, si, par des donations entre-vifs ou testamentaires, on avait pu lui assurer ce que la loi lui refusait. Aussi notre droit coutumier avait-il interdit aux père et mère de faire à leur enfant naturel des legs universels; il ne tolérait que des legs particuliers, et encore fallait-il qu'ils ne fussent pas exagérés[6]. Les libéralités excédant les limites, diversement posées par les Coutumes, n'étaient point nulles, mais seulement susceptibles de réduction. Cette incapacité qui frappait le bâtard était fondée sur ce que l'on considérait comme inconvenant qu'une personne préférât ses bâtards à ses parents légitimes. C'est pourquoi, si le père ou la mère n'avaient aucun parent, il leur était loisible de laisser à leurs enfants naturels tout ce qu'ils jugeraient convenable; ils pouvaient même dans ce cas les instituer légataires universels[7].

Nous avons dit que les bâtards n'étaient point héritiers des

[1] Salvaing, *Traité des fiefs*, chap. LVI et LXVI.— D'Expilly, *Plaidoyers*, 17 et 23.

[2] Voir les *Notes* de Dumoulin sur les *Coutumes de France*. Paris, 1715, p. 23.

[3] *Coutume de Valenciennes*, art. 121. — *Coutume de Saint-Omer*, tit. I, art. 21.

[4] *Coutume d'Aire*, tit. I, art. 9.

[5] D'Aguesseau, *Œuvres*, t. VII, *Dissertation sur les bastards*, p. 425-429.

[6] Laurière sur Loisel, t. I, liv. I, tit. I, § 43.

[7] Pothier, *Œuvres*, *Introduction au titre des testaments*, t. I, p. 415.

parents de leurs père et mère, mais rien ne les empêchait de recevoir les libéralités que ces personnes voulaient bien leur faire; ils avaient à cet égard la même capacité qu'un étranger à la famille naturelle ou civile [1].

Presque toutes les Coutumes ont accordé aux bâtards la libre disposition de leurs biens, soit par actes entre-vifs, soit par testament [2]. Parmi celles qui n'ont point suivi cet exemple, les unes ne permettent à l'enfant illégitime de disposer que de ses meubles et que du tiers de ses immeubles, et s'il n'a point d'immeubles, elles ne lui permettent de disposer que de la moitié de ses meubles [3]. La Coutume du Poitou ne laisse à sa disposition que le tiers de ses biens [4]. Celle de Bretagne lui défend d'en disposer en haine de son seigneur [5]. Enfin la Coutume de Clermont enlève complétement au bâtard le droit de disposer de ses biens par testament [6]. Ces exceptions sont toutefois si peu nombreuses, que Loisel a pu dire avec raison : « Bastards peu-« vent acquérir et disposer de leurs biens, tant entre-vifs que « par testament [7]. »

Lorsqu'un enfant naturel venait à mourir intestat, sa succession allait d'abord à ses descendants légitimes [8]; à défaut de ceux-ci, elle passait à son conjoint survivant [9], et en dernier lieu au roi [10]. Elle n'était pas dévolue à ses ascendants ou collatéraux, qui n'avaient pas plus de droits sur elle qu'il n'en aurait eu lui-même sur leurs biens [11].

A cette règle, une exception. Le roi ne succédait pas toujours au bâtard à défaut d'enfants légitimes ou de conjoint; car, en premier lieu, quoique les droits des seigneurs eussent été considérablement diminués, ces derniers étaient cependant quel-

[1] Bacquet, *Traité du droit de bâtardise*, chap. IV, §§ 5 et 6, p. 772 et 773.

[2] Caroli Molinæi *Omnia quæ exstant opera*. 1681. Parisiis, liv. I, tit. XVII, § 186, p. 925, sur la *Coutume de Paris*.

[3] *Coutume d'Anjou*, art. 345. — *Coutume du Maine*, art. 355.

[4] *Coutume du Poitou*, art. 299.

[5] *Coutume de Bretagne*, art. 479.

[6] *Coutume de Clermont*, art. 153.

[7] Loisel, *Institutes coutumières*, t. I, liv. I, tit. I, § 42.

[8] *Ordonnance de Charles VI*, de 1383.

[9] D'Aguesseau, *Œuvres*, t. VII, *Dissertation sur les bastards*, p. 449.

[10] Bacquet, *Traité du droit de bâtardise*, chap. VIII, §§ 4-20, p. 784.

[11] Loisel, *Institutes coutumières*, t. I, liv. I, tit. I, § 46.

quefois encore préférés au roi. Pour que la dévolution des biens de l'enfant naturel ait lieu à leur profit, il fallait le concours des trois circonstances suivantes : que le bâtard soit né, qu'il ait habité et qu'il soit mort dans le territoire du seigneur qui réclamait sa succession ; sinon, elle se faisait au profit du roi. Loisel a très-bien résumé cette règle en ces termes : « En défaut d'enfant (ou de conjoint) leur succession appartient au roi, ou au seigneur haut justicier, en la terre desquels ils sont nés, domiciliés et décédés[1]. »

Certaines Coutumes n'attribuaient au roi que certains biens[2]; d'autres n'exigeaient pas toutes les conditions que nous avons énumérées, pourvu que le bâtard fût né d'une des femmes de corps du seigneur[3]. Quelques-unes attribuaient la succession du bâtard au seigneur sur les terres duquel le bâtard était né et mort, si les biens de ce dernier étaient situés dans la seigneurie[4]. Enfin, les Coutumes de Montreuil et de Saint-Pol reconnaissaient comme héritier du bâtard le seigneur sur la terre duquel il était mort[5].

En second lieu, le roi était écarté de la succession des enfants naturels par certaines Coutumes, qui appelaient leurs parents maternels à recueillir leur héritage, et c'était juste, puisque ces mêmes Coutumes, ainsi que nous l'avons vu, reconnaissaient à l'enfant illégitime le droit de succéder à ses parents maternels[6].

Les enfants issus du légitime mariage des bâtards étaient, par rapport à leurs père et mère, de véritables enfants légitimes et jouissaient de tous les droits attachés à cette qualité. Mais il n'en était plus ainsi à l'égard des parents de leurs père et mère bâtards. Ils n'étaient unis à ces personnes par aucun lien légitime ; pour elles, ils n'étaient légalement que des étrangers, et n'avaient, par conséquent, aucun droit à leur succession.

[1] Loisel, *Institutes coutumières*, t. I, liv. I, tit. I, § 47.

[2] *Coutume de Bourgogne*, tit. VIII, art. 5. — *Coutume de Normandie*, art. 147.

[3] *Coutume de Vitry*, art. 1.

[4] *Coutume du Grand-Perche*, tit. I, art. 17.

[5] *Coutume de Montreuil*, art. 21. — *Coutume de Saint-Pol*, tit. II, art. 27. — Voir d'Aguesseau, *Œuvres*, t. VII, *Dissert. sur les bastards*, p. 447-459.

[6] *Coutume de Valenciennes*, art. 121. — *Coutume de Saint-Omer en Artois*, tit. I, art. 21.

Précisément à cause de cette absence de parenté reconnue, ils pouvaient recevoir de ces personnes toute espèce de libéralité, quelque rapprochée que fût leur parenté naturelle. On annulait cependant les libéralités que les aïeuls naturels, c'est-à-dire les père et mère du bâtard, avaient faites du vivant de celui-ci à leurs petits-enfants, car on supposait alors ces dernières personnes interposées.

La dévolution des biens laissés par l'enfant légitime d'un enfant naturel se ressentait de l'incapacité qui avait frappé le père ou la mère, et n'était pas réglée comme celle de tout le monde.

Si l'enfant de la succession duquel il s'agit était né d'un père et d'une mère bâtards, et si tous deux lui avaient survécu, pas de difficultés. Le père et la mère auraient pris dans la succession de leur enfant ce que chacun d'eux lui avait donné, puis ils auraient partagé les meubles et les acquêts.

Toujours dans l'hypothèse où l'enfant est né de deux bâtards, s'il ne meurt qu'après l'un d'eux, le survivant recueillera toute sa succession, d'après les Coutumes qui admettent la dévolution des biens d'une ligne à l'autre ; d'après celles, au contraire, qui n'admettent pas cette dévolution, le survivant ne pourra prendre que les propres qui viennent de lui et tous les meubles et acquêts, ou une partie d'eux seulement, suivant les différentes dispositions des Coutumes. Quant aux propres qui se trouvent dans la succession du chef du conjoint prédécédé, et quant à la partie des meubles et acquêts qui n'aura pas été prise par le survivant, le tout appartiendra au seigneur ou au roi.

Lorsque les deux parents bâtards sont prédécédés, les choses vont toutes seules. Tous les biens de leur enfant tombent en déshérence et passent alors à qui de droit.

Mais si on suppose qu'un seul des parents de l'enfant était bâtard et que l'autre était légitime, la question devient plus délicate, sauf le cas où l'enfant meurt avant ses père et mère, car alors rien de plus simple ; on applique la règle : *paterna paternis*, *materna maternis*, et on partage les meubles et acquêts.

Dans l'hypothèse, au contraire, où l'enfant ne meurt qu'après avoir recueilli la succession de celui de ses parents qui était bâtard, tous ses biens sans distinction passent, d'après les Coutumes qui admettent la dévolution d'une ligne à une autre, à

celui de ses parents qui était légitime. D'après celles qui n'admettent pas ce principe, le survivant ne prendra que les propres afférents à sa ligne et la totalité ou une partie des meubles et acquêts, le reste des biens appartiendra au roi ou au seigneur.

Il nous faut actuellement examiner ce qui se passera si l'enfant, ayant recueilli la succession de celui de ses parents qui était légitime, vient à mourir. L'ascendant bâtard prendra dans la succession de son enfant prédécédé les immeubles qui s'y trouvent de son chef, et il partagera les acquêts et les meubles avec les héritiers de l'autre ligne, qui joindront à cette part de meubles les propres qui leur compètent. S'il n'y a pas d'héritiers dans cette ligne, l'ascendant bâtard, suivant qu'il sera régi par telle ou telle Coutume, prendra toute la succession, ou bien partagera avec le fisc, qui dans ce cas prendra toujours au moins les propres afférents à la ligne défaillante.

Enfin, si l'enfant a survécu à ses parents, dont l'un était bâtard et l'autre légitime, à sa mort ses biens, comme il n'a d'héritiers légitimes que dans une ligne, iront à ces derniers, qui toutefois ne les recueilleront jamais en totalité, car même les coutumes qui admettent les héritiers d'une ligne à la succession des biens provenant de la ligne défaillante, ne permettent pas que les héritiers de l'enfant d'un bâtard profitent entièrement de la succession. Ils prendront d'abord les propres afférents à leur ligne, puis, suivant les différentes Coutumes, ils y ajouteront ou la totalité des meubles et acquêts, ou seulement moitié de ceux-ci. Tous les autres biens appartiennent au seigneur ou au roi.

Dans tous les cas que nous avons successivement examinés, nous avons supposé que l'enfant du bâtard n'avait ni descendant, ni frère, ni sœur légitimes, car ces derniers auraient toujours exclu soit le seigneur, soit le fisc, soit les autres héritiers, à l'exception toutefois du père et de la mère.

Pour faire disparaître les diverses incapacités dont il frappait le bâtard, notre droit coutumier avait emprunté au droit romain deux de ses modes de légitimation, celui par mariage subséquent et celui par rescrit du prince. Le premier est le plus parfait et le plus efficace, il assimile le bâtard à l'enfant légitime [1].

[1] De Ferrière, *Commentaire sur la coutume de Paris*. Paris, 1770, t. II, p. 360, sur l'article 318.

La légitimation par mariage subséquent, dit Pothier, « rend les enfants nés avant le mariage aussi parfaitement légitimes que s'ils étaient nés durant le mariage : elle leur donne tous les mêmes droits, et ne met aucune différence entre eux et les enfants nés durant le mariage ; jusque-là même qu'elle donne le droit d'aînesse aux enfants nés avant le mariage sur ceux nés durant le mariage [1]. »

Deux conditions sont nécessaires pour la légitimation par mariage subséquent. Il faut premièrement que les enfants soient nés *ex soluto et ex soluta ;* secondement, il faut qu'il y ait eu un mariage véritable.

1° Il faut que les enfants soient nés *ex soluto et ex soluta ;* c'est ce que nous apprend dans les termes suivants la coutume de Troyes : « Les enfants nés hors mariage *de soluto et soluta*, puis, que le père et la mère s'épousent l'un l'autre, succèdent et viennent à partager avec les enfants, si aucuns y a [2]. » L'avis général était que la légitimation ne pouvait avoir lieu, quand, au temps du commerce illicite des père et mère, il avait existé entre eux un empêchement dirimant au mariage. Des arrêts avaient confirmé ce principe, quant aux enfants adultérins [3]. On se montrait moins rigoureux pour les enfants incestueux, et l'on peut tenir pour certain que l'enfant né de deux cousins germains était légitimé quand ses parents, ayant obtenu une dispense de Rome, venaient à contracter un légitime mariage [4]. Mais si le degré de parenté était plus proche, les parlements n'admettaient pas que le mariage puisse légitimer les enfants nés des relations antérieures [5].

Pour savoir si l'enfant qu'on veut légitimer est né de deux personnes capables de s'épouser, faut-il se placer au moment de sa conception ou à celui de sa naissance ? Il y avait sur ce

[1] Pothier, *Œuvres*, *Traité du contrat de mariage*, t. VI, p. 194.

[2] *Coutume de Troyes*, art. 108. — Voir Pothier, *Œuvres*, t. VI, *Traité du contrat de mariage*, p. 188.

[3] *Arrêt du Parlement de Grenoble* du 16 janvier 1669, rapporté par Brodeau. — *Arrêt* du 3 février 1661, rapporté par de Ferrière.

[4] Denis Le Brun, *Traité des successions*. Paris, 1775, liv. I, chap. II, sect. I, p. 26 et 27. — Furgole, *Traité des testaments*. Paris, 1779, t. I, p. 499.

[5] *Arrêt du Parlement de Paris*, du 11 décembre 1664. — Merlin, *Répertoire*, au mot *Dispense*.

point dissentiment entre certains canonistes[1] et nos anciens jurisconsultes. Les premiers soutenaient qu'il fallait ne tenir compte que de la naissance. Les seconds, au contraire, pensaient qu'il fallait se reporter au moment de la conception, parce que le délit consistait dans le fait de la génération et non dans celui de l'accouchement[2].

Il convient à ce sujet de remarquer qu'un mariage postérieur à la naissance du bâtard n'est point un obstacle à sa légitimation, si celui de ses parents qui s'est marié, venant à perdre son conjoint, épouse ensuite la personne avec laquelle il a eu autrefois les relations charnelles dont est né le bâtard[3]. Mais cet enfant, ainsi légitimé, aura-t-il le bénéfice du droit d'aînesse, au préjudice de l'enfant légitime que son père a eu de son premier mariage? Pour l'affirmative, on disait que le mariage avait pour effet de faire considérer comme ayant toujours été légitime l'enfant légitimé; qu'en conséquence cet enfant étant le plus âgé était l'aîné[4]. Les partisans de l'opinion contraire répondaient que l'effet rétroactif ne pouvait jamais avoir lieu au préjudice du droit acquis à l'enfant d'un tiers, la fiction ne pouvant l'emporter sur la vérité. On ajoutait que l'enfant légitimé devait être réputé né du même mariage que ses frères germains, et que, dans l'opinion adverse, on en arrivait à dire qu'un enfant du second mariage était l'aîné de ceux nés du premier[5]. Cette dernière opinion était du reste celle de la jurisprudence.

2° Il faut, pour que la légitimation ait lieu, que le mariage subséquemment contracté soit valable. On considérait comme nuls, et conséquemment comme ne conférant pas la légitima-

[1] Fachinæus, *Controv.*, liv. III, chap. I.

[2] Furgole, *Traité des testaments*, t. I, p. 500-502. — Pothier, *Œuvres*, t. VI, *Traité du contrat de mariage*, p. 190. — Argou, *Institution au droit français*, 1787. Paris, t. I, p. 81 et 82.

[3] Pothier, *Œuvres*, t. VI, p. 182.

[4] Le Brun, *Traité des successions*, liv. I, chap. II, sect. I, p. 28.— Claude Fleury, *Institution au droit français*, t. I, p. 394 édition de M. Laboulaye.

[5] Dumoulin, sur l'article 8 de l'*ancienne Coutume de Paris*, t. I, tit. I, p. 237. — Tiraqueau, *Quæst.*, 34, et *Ad l.* 8, tit. LVI, liv. VIII, Cod. — Le Maître, *Coutume de Paris*, tit. XV, chap. I, p. 459.— Sirier, *Traité du droit d'aînesse*, liv. I, chap. XIV. — D'Aguesseau, *Œuvres*, t. VII, *Dissertation sur les bastards*, p. 438. — Pothier, *Œuvres*, t. VIII, p. 24.

tion, les mariages *in extremis* et les mariages secrets[1]. On avait aussi admis que le mariage putatif ne légitimerait pas les enfants déjà nés[2].

La légitimation résultait de la seule force du mariage. Il n'était pas nécessaire, pour qu'elle ait lieu, de requérir le consentement soit du père et de la mère, soit des enfants ; elle avait lieu de plein droit, au dire de Pothier. Le même auteur nous apprend que, de son temps, il n'était plus nécessaire, comme au temps de Loisel[3], de mettre sous le poêle, pendant la célébration du mariage, les enfants qu'on voulait légitimer. « Cette cérémonie, dit-il, est une reconnaissance solennelle que les parties contractantes font de ces enfants, mais qui n'est pas nécessaire lorsqu'ils les ont reconnus pour leurs enfants de quelque autre manière que ce soit, soit avant, soit depuis leur mariage, et en un mot lorsque ces enfants peuvent, de quelque manière que ce soit, justifier leur état[4]. »

Le second mode de légitimation admis par le droit coutumier était loin d'être aussi parfait et de produire des effets aussi considérables que celui par mariage subséquent. Cette légitimation par rescrit du prince se bornait en général à effacer la tache de la naissance du bâtard, à l'habiliter à recevoir de ses père et mère des legs universels. Mais quant à la capacité de succéder à ses parents morts intestats, elle ne la lui conférait que lorsque ceux auxquels il eût pu succéder, s'il eût été légitime, avaient consenti à sa légitimation ; encore fallait-il que les lettres patentes du roi continssent une clause expresse à cet effet, et qu'elles fussent entérinées à la chambre des Comptes et au Parlement. L'enfant légitimé par lettres patentes du roi restait étranger à la succession de ceux de ses parents qui n'avaient pas consenti à sa légitimation, ou qui ne l'avaient pas ratifiée. Pendant très-longtemps on n'admit pas la réciproque, et l'on soutint que ces personnes pouvaient succéder au bâtard légitimé par lettres patentes, bien qu'elles n'eussent pas consenti à sa légitimation. Tel était l'avis de Bacquet, de Chopin, de Domat mais d'Aguesseau affirme que cette opinion fut ensuite aban-

[1] *Ordonnance de* 1639. — *Édit de* 1697.
[2] Pothier, *Œuvres*, t. VI, p. 191.
[3] Loisel, *Institutes coutumières*, t. I, liv. I, tit. I, § 40.
[4] Pothier, *Œuvres*, t. VI, p. 192.

donnée, et qu'il fut décidé que la succession du bâtard ainsi légitimé sans le consentement de ses parents, serait réglée de la même manière qu'elle l'aurait été s'il n'avait pas été légitimé [1].

Enfin, Pothier nous apprend qu'à l'époque où il écrivait, « la légitimation par lettres patentes du roi ne donnait aux bâtards que le droit de porter le nom de leur père, et de porter les armes de sa maison avec une brisure de gauche à droite; mais qu'elle ne donnait pas le droit de parenté légitime, ni même le droit de succéder, à défaut de parents légitimes ; que les lettres de légitimation avec clause de succéder n'étaient plus d'usage [2]. »

Nous avons jusqu'ici parlé à peu près exclusivement des enfants simplement naturels, il nous faut donc, avant de terminer cette étude sur la position des bâtards avant la révolution de 1789, examiner un peu quelle était la condition des enfants nés de l'adultère et de l'inceste, de tous ceux en un mot appelés par Justinien *nati ex damnato et nefario coïtu* [3]. Ces malheureux se trouvaient dans une position bien inférieure à celle des enfants nés du concubinage ou de la fornication; ils ne pouvaient rien recevoir de leurs parents, si ce n'est des aliments. La tache de leur naissance les suivait partout, et ils n'avaient pas même l'espérance de la voir effacer par le mariage subséquent de leurs père et mère. Une seule exception existait en faveur des enfants

[1] Voir Loisel, *Institutes coutumières*, t. I, liv. I, tit. I, § 45. — Bacquet, *Traité du droit de bâtardise*, chap. XI, p. 792 ; chap. XII, p. 795; chap. XIII, p. 810; chap. XIV, p. 812. — Domat, *Droit public*, liv. I, tit. VI, sect. V, art. 3. — Chopin, sur la *Coutume d'Aniou*, liv. LI, chap. XLI. — Le Brun, *Traité des successions*, liv. I, chap. II, sect. II, p. 29 et suiv. — D'Aguesseau, *Œuvres*, t. VII, *Dissert. sur les bastards*, p. 438-446 et 462-469.

[2] Pothier, *Œuvres*, t. VIII, p. 24.

[3] A cette époque le viol et le rapt étaient punis de mort en France, comme dans l'empire romain au temps de Justinien. On avait aussi adopté la pénalité romaine contre l'adultère. « La peine, dit Pothier, qui est en usage dans notre droit contre la femme convaincue d'adultère, et que nous avons tirée de la Novelle de Justinien, est la reclusion dans un monastère, où son mari peut la voir et visiter, et au bout de deux ans l'en faire sortir pour la reprendre et la recevoir chez lui ; sinon, ledit temps passé, faute par son mari de la reprendre, elle doit être rasée, et rester dans ledit couvent le reste de ses jours ; à moins qu'après la mort de son mari quelqu'un veuille bien l'épouser. On la déclare, en outre, déchue de ses dot, douaire et conventions matrimoniales. » Pothier, *Œuvres*, t. VI, *Traité du contrat de mariage*, p. 243.

nés de cousins germains ; le mariage que leurs parents contractaient ensuite, après avoir obtenu une dispense de Rome, avait pour effet de les légitimer. Cela tenait à ce qu'une pareille union n'était pas considérée comme complétement incestueuse. Seule la légitimation par lettre du prince était accessible aux enfants adultérins et incestueux, et encore ne faisait-elle que diminuer la honte de leur naissance, sans jamais les rendre habiles à succéder.

L'incapacité de recevoir de ses père et mère, qui pesait sur le bâtard incestueux ou adultérin, atteignait même ses enfants. Un arrêt du 14 août 1570 avait décidé que les enfants légitimes d'une personne, elle-même issue d'un commerce criminel, étaient, comme leur auteur, incapables de recevoir de leur aïeul autre chose que des aliments.

LÉON MORILLOT,
Docteur en droit.

(*La fin à un prochain numéro.*)

DE LA LÉGISLATION CIVILE

DANS LE NOUVEAU ROYAUME D'ITALIE.

I

L'année 1866 restera peut-être comme une date mémorable dans l'histoire de la législation européenne. C'est le 1er janvier de cette année qu'un nouveau Code civil a commencé de régner en Italie, et que cette multitude de codes, de coutumes, de statuts, si variés et souvent si surannés, qui se partageaient la Péninsule, a fait place à une loi uniforme et animée de l'esprit moderne. Ce fait considérable a été peu remarqué en France[1]. L'attention publique, captivée tout entière par les grands événements politiques dont l'Italie est le théâtre, a laissé passer presque inaperçue une révolution législative accomplie sans éclat et sans bruit. Peut-être cependant y aurait-il quelque intérêt, pour le jurisconsulte et le publiciste, à comparer ces nouveaux codes à ceux qui les ont précédés ou leur ont servi de modèle, et à rechercher si l'un des peuples les plus libres et les plus éclairés de l'Europe moderne n'a pas su faire faire un pas de plus à la science de la législation. Dans l'ordre civil, non moins que dans l'ordre politique, une sorte de solidarité unit entre elles toutes les nations européennes, et ce qui se passe chez nos voisins ne saurait demeurer sans action sur nos propres destinées. Au commencement de ce siècle, nos codes, issus de la Révolution, ont étendu leur empire ou leur influence sur tout le centre et le midi de l'Europe, et leur autorité morale, plus durable que nos conquêtes militaires, a survécu, en Allemagne comme en Italie, à la domination française. Mais depuis un demi-siècle, les lois de ces États, formées d'abord à l'école de la nôtre, se sont développées, se sont émancipées, et elles peuvent aujourd'hui fournir en retour au législateur français plus d'un utile enseignement. Si nous prenions la peine de les

[1] Il a cependant fait l'objet d'une étude approfondie de M. Huc, que j'aurai plusieurs fois à citer : *le Code civil d'Italie et le Code Napoléon*.

étudier, peut-être verrions-nous plus d'une réforme civile, repoussée parmi nous comme impraticable, s'établir et fonctionner avec succès de l'autre côté de la frontière. Or, la frontière n'est plus une barrière aujourd'hui : aujourd'hui, les peuples échangent librement entre eux leurs idées comme leurs marchandises, et toute innovation juridique qui, chez nos voisins, aura subi avec succès l'épreuve de l'expérience, sera bien près de se réaliser chez nous.

A ce point de vue, l'examen des diverses réformes législatives que vient de tenter la jeune Italie ne saurait être pour nous sans utilité et sans profit. Mais avant de les examiner dans leurs détails, je voudrais, s'il était possible, les caractériser dans leur ensemble et marquer en quelques traits le chemin que la loi italienne a dû suivre pour parvenir au rang avancé qu'elle occupe aujourd'hui parmi les législations européennes.

L'Italie a-t-elle vraiment, comme la France ou comme l'Angleterre, un droit qui lui appartienne en propre et qu'on puisse qualifier de droit italien? On est tenté d'en douter lorsqu'on jette un regard superficiel sur l'histoire de cette contrée. Il semble qu'un pays, que tant de maîtres étrangers se sont disputé et partagé tour à tour, ait dû changer incessamment de lois comme de maîtres, et ignorer jusqu'à ce jour les bienfaits d'une loi civile uniforme, stable et vraiment nationale. Mais ces apparences sont trompeuses; le droit civil, dans l'humble sphère où il se renferme, demeure à l'abri des brusques orages qui agitent et bouleversent le droit politique; expression fidèle et constante du caractère d'une nation, il ne se transforme qu'avec lui, c'est-à-dire par un progrès lent et régulier. Ainsi en est-il, en particulier, du droit civil de l'Italie. Sous les formes diverses que les changements politiques lui ont imprimées, on retrouve un fonds toujours identique, une tradition toujours persistante. Cette tradition, c'est celle de l'ancienne Rome. Malgré la chute de l'empire, malgré tant d'invasions répétées, la classique Italie est toujours restée latine, dans son droit comme dans sa littérature, dans ses arts et dans ses mœurs. Durant cette longue période de barbarie et de ténèbres qui s'étend depuis le siècle de l'invasion jusqu'à celui de la Renaissance, c'est l'Italie qui, riche encore des plus précieux débris du passé, est restée, comme dans l'antiquité, le centre de la civilisation et le foyer

des lumières. Il n'est pas de pays en Europe qui ait été si souvent la proie des Barbares, et cependant il n'en est pas qui ait gardé si peu de traces de leur passage. Ces rudes guerriers du Nord, une fois descendus dans la molle Italie, fondaient comme une avalanche de neige dans la tiède atmosphère des vallées. « Quiconque se mêle aux Italiens, disait le Goth Cassiodore, devient bientôt le sujet de la loi romaine[1]. » Les Lombards eux-mêmes, les plus féroces d'entre les Germains, ne purent résister longtemps à cette influence ; d'ailleurs, ils ne parvinrent jamais à réduire l'Italie tout entière, et même aux jours les plus sombres de la tyrannie lombarde, un reflet de la civilisation grecque éclairait encore la côte orientale de la Péninsule, depuis Bari jusqu'à Ravenne. Enfin, quelques siècles plus tard, lorsque la paix de Constance eut délivré les villes italiennes du joug de l'étranger et les eut rendues maîtresses de leurs destinées, on les vit revenir aussitôt, comme par un mouvement naturel, à ces institutions de l'antiquité dont elles n'avaient jamais perdu la mémoire. Du milieu de la barbarie féodale qui pesait alors sur toute l'Europe, l'on vit surgir soudain, dans la Lombardie et la Toscane, un groupe de petites républiques organisées sur le modèle des démocraties grecques et latines. Rien ne manquait à la ressemblance ; on retrouvait dans ces nouveaux municipes et les comices populaires, et les consuls annuellement élus par le peuple, et les magistrats chargés de veiller sur les mœurs, et les lois somptuaires; tout, jusqu'aux arts délicats, jusqu'aux mœurs élégantes et corrompues de la civilisation païenne. La liberté, dans ces démocraties comme dans celles de l'antiquité, n'était que la participation de tous les citoyens à l'exercice d'une puissance publique souvent inquisitoriale et oppressive. Le pouvoir féodal, tout-puissant partout ailleurs, s'inclinait ici devant le pouvoir populaire. Tandis que les humbles communes du Nord, encore mal affranchies du servage, avaient besoin de placer leurs libertés naissantes sous la tutelle d'un suzerain, dans les républiques italiennes, au contraire, c'étaient les nobles qui venaient briguer le droit de bourgeoisie et mettre leur épée au service de la cité[2]. Dans leur droit civil, de même que dans

[1] « Juri romano servit quidquid sociatur Italiæ. » *Varia*, I, 27.

[2] « Ex quo fit, ut... vix aliquis nobilis vel vir magnus tam magno am-

leur droit politique, ces républiques demeurèrent fidèles à la tradition romaine ; le droit germain, violemment importé par les Lombards, n'avait laissé chez elles que de faibles traces, et chacune d'elles aurait pu inscrire dans son code ces mots de l'antique statut de Pise : « La loi de cette ville est la loi romaine mêlée de quelques restes de loi lombarde, *retentis quibusdam de lege longobarda.* » Dans tous ces statuts municipaux, que l'érudition italienne s'applique de nos jours à remettre en lumière, je vois reparaître les institutions les plus caractéristiques de l'ancienne Rome : la puissance paternelle, rigoureuse et perpétuelle, renforcée d'un côté par la prohibition du sénatus-consulte macédonien, et tempérée de l'autre par l'admission des divers pécules; l'inaliénabilité dotale, avec tous les principes qui s'y rattachent, hypothèque privilégiée, prohibition des dons entre époux, sénatus-consulte velléien ; le testament, solennel dans sa forme et absolu dans ses effets, comme une loi [1]. Il n'est pas jusqu'aux rares institutions empruntées au droit féodal et germanique qui n'aient changé de caractère, et qui, sous la plume des jurisconsultes italiens, n'aient dû revêtir une forme et une physionomie romaines; si, par exemple, la plupart de ces statuts municipaux s'accordent à priver les femmes de leur part dans les héritages, ce n'est pas dans les principes féodaux que les juristes italiens vont chercher la source de cette exclusion, c'est dans la loi Voconia et la loi des XII Tables. « C'est avec raison, disait le Milanais Verri [2], que nos ancêtres sont revenus au système des XII Tables que Justinien avait abrogé, et en rétablissant les antiques priviléges de l'agnation, ont assuré la splendeur des familles, et par là la richesse et la puissance de la cité. »

J'ai dû m'arrêter quelques instants sur ces siècles si éloignés et si oubliés de nos jours, car il n'est pas de plus grande époque dans toute l'histoire de l'Italie moderne. C'est alors, et alors seulement, si nous ne regardons qu'au passé, que l'Italie, un

« bitu inveniri queat, qui civitatis suæ non sequatur imperium. » Otto Frisingensis, l. II, c. 13.

[1] *Monumenta hist. Patriæ*, t. II, *leges munic.*, Aug. Taur., 1838. *Statuti ined. di Pisa*, édition Bonaini, Firenze, 1854-57. *Monumenta hist. ad prov. Parmensem et Placentinam pert. Statuta*, Parme, 1856-1860. *Consuetud. Baresi*, édition Pétroni, Nap., 1860, etc.

[2] *De ortu et progressu juris mediolanensis prodromus.* Mediolani, 1747.

moment maîtresse d'elle-même, put montrer ce dont elle était capable et déployer, dans la législation comme dans les lettres et les arts, toutes les ressources de son génie. Mais ces jours de gloire furent bien courts; la civilisation avait été trop précoce sous ces heureux climats pour être durable et féconde. Éclose avant la saison, au sein de la barbarie du moyen âge, elle était destinée à se flétrir avant l'heure, sans laisser après elle les fruits qu'elle avait promis. Le seizième siècle, qui ouvrit pour les peuples du Nord l'ère du progrès et des lumières, fut, pour les cités italiennes, le commencement de la décadence. Dirai-je ce que devinrent alors les statuts municipaux des villes lombardes et toscanes, après que ces fières démocraties se furent courbées sous le joug de l'étranger? ce serait une triste et inutile histoire. C'est aux sources vives des libertés publiques et de l'indépendance nationale que s'était alimenté le développement du droit civil; ce développement s'est arrêté dès que ces sources se sont taries. Et cependant, malgré toutes les altérations qu'il a subies sous l'influence étrangère, le droit italien est resté fidèle à ses origines et la chaîne de la tradition n'a jamais été rompue. Reportons-nous à l'époque actuelle; jetons un regard d'ensemble sur cette législation variée et disparate qui, l'année dernière, régnait encore au delà des Alpes, et nous y reconnaîtrons, quoique à demi effacés, les mêmes traits distinctifs que nous ont présentés tout à l'heure les statuts italiens du moyen âge.

Jusqu'au jour où le nouveau code de Victor-Emmanuel est devenu exécutoire, c'est-à-dire jusqu'au 1er janvier 1866, deux systèmes différents de législation se partageaient les diverses parties de la Péninsule. Au centre, la Toscane et les États-Romains n'avaient pas de code civil et suivaient encore leurs anciennes coutumes; au nord et au midi régnaient des codes qui, malgré de nombreuses diversités de détail, présentaient entre eux une grande analogie; ils avaient, pour la plupart, succédé de près à la domination française, et ils rappelaient tous, par une imitation plus ou moins indépendante, le Code Napoléon, qu'ils étaient venus remplacer; c'étaient le Code des Deux-Siciles du 21 mai 1819; le Code de Parme, de Plaisance et de Guastalla du 1er juillet 1820; le Code sarde du 20 juin 1837; le Code de Modène du 25 octobre 1851. Je laisse de côté le

royaume lombard-vénitien, qui, soumis au Code autrichien, et assimilé, dans toutes ses institutions, aux provinces allemandes, n'appartenait plus à l'Italie que par sa situation géographique.

On devine aisément quels peuvent être, parmi ces divers États, ceux où la vieille loi italienne s'était le plus fidèlement conservée ; c'étaient ceux qui n'avaient pas de code : la Toscane et les États du Saint-Siége. Sauf quelques ordonnances récentes intervenues sur des points spéciaux, la législation coutumière qui régissait ces provinces était encore, dans ces dernières années, ce qu'elle avait été au moyen âge. Nous allons y retrouver encore presque intactes la plupart de ces institutions vingt fois séculaires, que nous avons rencontrées tout à l'heure dans les statuts municipaux, et qui, après avoir résisté, durant le moyen âge, à toutes les invasions des Barbares, avaient su résister aussi, dans les temps modernes, à tous les progrès de la civilisation. La constitution de la famille reposait toujours sur ces bases étroites et solides que les fondateurs du droit romain avaient jetées : un chef unique gouvernait la maison, c'était le père ou l'aïeul paternel ; la mère ne pouvait jamais ni remplacer le chef domestique, ni partager sa puissance. Cette puissance était, en principe, absolue et illimitée : le fils de famille ne possédait que des pécules ; il ne pouvait agir en justice contre son père ni contracter avec lui. Cette puissance était perpétuelle : ni le fils ni la fille n'en étaient affranchis par le mariage, et une émancipation formelle pouvait seule y mettre fin. Toutefois, dans ces derniers temps, la rigueur de ce vieux précepte avait quelque peu cédé à l'influence des idées modernes. La jurisprudence des États Romains avait admis quelques cas d'émancipation tacite ; et, d'après une ordonnance du grand-duc Ferdinand III, l'émancipation s'opérait de plein droit lorsque le fils avait atteint l'âge de trente ans, la fille celui de quarante [1].

Si de la loi qui régissait les familles nous passons maintenant à celle qui réglait les successions, nous y trouvons comme un reflet des mêmes principes. L'autorité paternelle n'avait pas d'arme plus puissante que la liberté de tester dont jouissait le père de famille ; il pouvait, ou déshériter ses enfants s'ils avaient

[1] G. dall' Olio, *Elementi delle leggi civili romane*, l. I, tit, XIII. *Motu proprio* du 10 novembre 1834. Loi de Toscane du 15 novembre 1814.

manqué à leurs devoirs, ou les réduire à leur légitime, ou encore, dans les États du Saint-Siége, les enchaîner, eux et leur postérité, dans les liens d'une substitution perpétuelle [1]. Exclue de toute participation au gouvernement domestique, la femme, par une conséquence assez naturelle, se trouvait également privée de sa part dans le patrimoine de la famille. La loi, exagérant les anciens priviléges de l'agnation romaine, donnait la préférence, en ligne directe comme en ligne collatérale, aux héritiers mâles et agnats, et réduisait les droits des femmes à une dot modique ou à une pension alimentaire [2]. Enfin, en matière de contrats, les mêmes principes régnaient encore ; les lois nouvelles, renouvelant et aggravant les anciennes prohibitions des sénatus-consultes velléien et macédonien, frappaient d'une incapacité presque générale les femmes et les fils de famille [3].

Cette persistance des institutions antiques à travers le cours des âges et le mouvement des révolutions, ne se retrouve pas au même degré dans les pays italiens soumis à des codes. Dus, pour la plupart, à des princes d'origine étrangère, ces codes étaient souvent la traduction servile des lois françaises ou allemandes plutôt que l'expression fidèle des vieilles coutumes nationales. Toutefois, la forme avait changé bien plus que le fond, et il suffirait de soumettre ces codes à l'analyse pour dégager l'élément romain et canonique qui y dominait, de l'alliage étranger, qui ne faisait en quelque sorte que les recouvrir. Le mariage, célébré par l'Église et réglé d'après les canons du concile de Trente ; l'entrée dans les ordres religieux assimilée à une mort civile ; la puissance domestique dévolue sans partage au parent mâle et paternel ; le fils de famille privé jusqu'à l'âge de trente ans de la jouissance et de l'administration de sa fortune, et retenu jusqu'à son émancipation, par le sénatus-consulte macédonien, dans un état d'incapacité et par suite de dépendance ; l'enfant passible

[1] *Motu proprio* du 10 novembre 1834, art. 48. En Toscane, les substitutions fidéicommissaires ont été abolies par la loi du 23 février 1789.

[2] *Motu proprio* de 1834, art. 9-30. Pour la Toscane, loi du 18 août 1814, art. 32, 44-46.

[3] G. dall' Olio, *op. cit.*, t. I, p. 55 ; t. II, p. 14. Pour la Toscane, Fr. Forti, *Tratt. delle obbligazioni dei figli di famiglia* (Opere, vol. III, p. 545 et suiv.).

d'exhérédation et privé de sa légitime, s'il a manqué au devoir filial ou abjuré la foi catholique ; la femme dépouillée de ses droits de succession au profit des héritiers mâles, et, par une extension nouvelle de l'ancien sénatus-consulte velléien, déclarée incapable de faire une libéralité comme de souscrire un cautionnement ; voilà quelques dispositions assez caractéristiques, si je ne me trompe, pour donner une idée des codes italiens et de l'esprit qui les animait[1]. Il suffit de ce rapide aperçu pour se convaincre que la législation codifiée de l'Italie ne différait pas essentiellement de sa législation coutumière, et que, jusqu'à ces derniers temps, l'une comme l'autre étaient demeurées fidèles aux traditions juridiques du moyen âge et de l'antiquité.

II

Ce coup d'œil rétrospectif sur l'ancienne législation était nécessaire pour apprécier et pour comprendre le code nouveau qui va faire l'objet de notre étude. Il fallait jeter un regard en arrière pour mesurer toute la distance qui sépare la loi italienne d'hier de celle d'aujourd'hui. Hier encore, les institutions les plus surannées pesaient sur l'Italie ; aujourd'hui il n'est pas, j'ose l'affirmer, un seul pays en Europe dont la législation civile réponde mieux aux derniers progrès de la civilisation et de la science.

Le Code de Victor-Emmanuel a-t-il donc rompu avec le passé ? Non, sans doute. Puisé aux sources mêmes du droit national, il continue, dans ce qu'elle a de légitime, cette antique tradition dont nous venons de suivre la trace à travers les âges. Il ne présente pas, comme notre Code Napoléon, un mélange à doses à peu près égales d'élément romain et d'élément germanique. Ce n'est pas dans ce code que nous verrons, comme dans le nôtre, un régime nuptial issu des coutumes germaines et féodales prendre le pas sur celui de la vieille Rome, ou l'institution de la légitime romaine s'amalgamer avec celle de la réserve coutumière. Le droit romain, et le droit romain seul, tel est l'antique et immuable fondement sur lequel repose l'édifice restauré et agrandi de la législation italienne. C'est à réformer ce vieux

[1] Code sarde, art. 108, 113, 224, 714, 737, 912-918, 1124, 1212, 1919, 2054. Code des Deux-Siciles, art. 189, 288, 848-854. Code de Modène, art. 119, 140, 842, 911, 1893, etc.

oit pour l'approprier aux besoins d'une civilisation nouvelle, que le législateur de 1866 a borné sa tâche, et cette tâche n'était pas sans difficultés ni sans importance. Le droit romain, ce chef-d'œuvre de la sagesse antique, était aujourd'hui, il faut bien le reconnaître, distancé en bien des points par les progrès de la pensée moderne ; le despotisme, durant de longs siècles, s'en était fait un instrument et l'avait, pour ainsi dire, usé à son service. Il fallait maintenant le faire passer au service d'une politique libérale ; il fallait le façonner à l'usage d'une démocratie bien différente de toutes celles qu'avaient connues les anciens. Comment cette heureuse et difficile réforme vient-elle de se réaliser dans le code que nous avons sous les yeux ? C'est là une question générale, qui domine toute la matière et que nous devons envisager un instant dans son ensemble, avant de pénétrer plus avant dans les détails analytiques du sujet.

Il fut un temps où la seule prétention de corriger et de réformer la loi romaine aurait paru scandaleuse à tout juriste bien pensant. L'autorité des Pandectes, il y a trois siècles, était tenue pour aussi indiscutable, je dirais presque aussi sacrée, que celle des livres saints, et, en dehors du cercle inflexible qu'avait tracé le génie étroit et dur de la vieille Rome, la science juridique n'apercevait rien que des usages grossiers, des coutumes barbares, à peine dignes du nom de lois. Ce préjugé était encore puissant il y a un siècle, et c'est Montesquieu qui lui porta le dernier coup : pénétrant jusqu'au sein de ces coutumes à demi sauvages, qui, comme il le disait lui-même, « étaient nées dans les bois, » il y montra le germe des plus précieuses libertés, des plus grandes institutions du monde moderne. Dès lors, des régions nouvelles s'ouvrirent à la science ; elle s'y porta avec ardeur, elle se plut à opposer les institutions barbares du moyen âge aux institutions savantes de l'antiquité. Bientôt le même mouvement se répandit de proche en proche dans les lettres, dans les arts, dans toutes les voies de la pensée humaine : de toutes parts les anciennes barrières tombèrent, le champ des recherches s'élargit, et par delà les lignes régulières et classiques des horizons grecs et latins, l'on vit s'ouvrir des perspectives plus vagues et plus profondes. Le *romantisme*, comme on dit il y a trente ans, eut son école en jurisprudence de même que littérature, et la vieille autorité des Pandectes fut aussi r

ment ébranlée dans la savante Allemagne, que le fut chez nous, à la même époque, celle d'Aristote et de Quintilien. Aujourd'hui, ces luttes sont apaisées, mais une grande conquête reste acquise : la science juridique est émancipée, elle n'est plus l'interprète servile des lois romaines, et, au lieu de demander à un code unique la vérité tout entière, elle en recherche, dans les législations diverses, les fragments dispersés.

Quelles peuvent donc être ces vérités juridiques nouvelles, qui avaient échappé au génie pénétrant des Romains, et qui se sont dégagées de la barbarie du moyen âge? Je dois me borner ici à en donner une idée générale, en mettant en regard les traits les plus caractéristiques de la loi germanique et de la loi romaine. Tout est contraste entre ces deux lois : dans l'une, je vois dominer un principe d'ordre et de discipline ; dans l'autre, je trouve partout un principe de liberté individuelle et d'indépendance. Si je pénètre dans la famille romaine, je vois tous ses membres soumis, durant leur vie entière, dans leurs biens comme dans leurs personnes, à l'autorité d'un seul chef; dans la famille germaine, au contraire, la puissance perpétuelle du père de famille s'est transformée en une courte tutelle, et le principe d'autorité et de dépendance a fait place à un principe d'égalité et d'association : association du père avec les enfants, qui, copropriétaires du patrimoine domestique, ne peuvent plus être dépouillés par l'exhédération paternelle; association du mari avec la femme, qui, grâce aux droits de communauté et de douaire, a conquis dans le ménage sa part d'influence et d'autorité. Si maintenant, sortant du cercle de la famille, nous suivons l'homme dans ses rapports extérieurs avec la société, nous verrons la loi romaine, toujours fidèle à ses principes, guider tous ses pas et multiplier autour de lui les barrières et les entraves; dans les conventions comme dans les rapports domestiques, la loi romaine, à toute époque, s'est défiée de la liberté individuelle, et le droit nouveau, avec ses tempéraments d'équité, ne l'a pas mieux respectée que ne l'avait fait l'ancien droit, avec son dur et étroit formalisme : la loi limite le taux de l'intérêt, elle prohibe les pactes commissoires, elle restitue le vendeur lésé, elle interdit à la femme les contrats dangereux pour son inexpérience, elle immobilise le patrimoine dotal, toujours attentive à protéger les parties contre leur propre im-

prudence, et plus soucieuse de l'intérêt particulier du débiteur que de l'intérêt général du crédit. Tout autres sont les principes que recélaient en elles les institutions germaines, et qu'a dégagés et formulés de nos jours la science économique ; ici, plus de ces lois non moins gênantes que protectrices, qui retiennent l'homme majeur et capable sous une sorte de tutelle : chacun est maître de ses actions, chacun agit à ses périls et risques ; chacun, quels que soient la condition ou le sexe, subit la peine de sa faiblesse ou de son imprudence, comme il recueille les fruits de son industrie. La responsabilité, compagne inséparable de la liberté, suffit pour lui servir de régulateur et de frein ; ou s'il est encore quelques restrictions et quelques formalités imposées aux contractants, ce n'est plus dans leur intérêt privé qu'elles sont établies, elles tendent vers un but nouveau, que n'entrevit jamais la loi romaine, et que le génie du commerce avait révélé dès le moyen âge aux communes flamandes, celui de créer le crédit par la publicité des transactions.

Nous pouvons aisément, on le voit, ramener à un même principe toutes ces innovations juridiques de l'esprit moderne, et les résumer en deux mots : une plus grande indépendance dans les rapports domestiques, une plus grande liberté dans les transactions sociales. Telle est la double réforme que doivent subir les lois romaines pour répondre aux besoins actuels des sociétés, et telle est, en effet, la double réforme que les rédacteurs du nouveau code italien ont habilement accomplie. C'est toujours la loi romaine qui forme le fond et la substance du code de 1866, mais partout l'esprit de réforme s'y allie dans une juste mesure à l'esprit traditionnel et conservateur. Dans la famille, le nouveau code consacre, dans son principe, la puissance paternelle, mais il a soin d'en modérer l'exercice et d'en borner la durée ; il conserve le régime dotal comme la loi commune des époux ; mais, par d'heureuses modifications que pourrait envier la loi française, il sait en corriger les abus et assurer à la femme sa part d'influence dans les affaires du ménage. Dans les conventions, la loi nouvelle ne s'est point départie des règles d'éternelle équité enseignées par la raison écrite ; mais, en même temps, elle a affranchi le commerce de bien des entraves que le législateur français lui-même n'avait point osé briser, elle a fait disparaître nombre d'actions rescisoires et résolutoires, elle a pro-

clamé la liberté de l'intérêt, elle a proscrit toute hypothèque clandestine ; en un mot, elle a fondé le crédit public sur ses deux bases les plus solides, la liberté et la publicité des transactions.

Tel est l'esprit général de la réforme qui vient de s'accomplir dans la législation italienne, et cette réforme n'est point un fait accidentel et isolé, elle se rattache à un vaste ensemble de réformes législatives qui, depuis le commencement de ce siècle, s'accomplissent successivement dans les divers pays de l'Europe. Jusqu'à la fin du siècle dernier, les deux lois dont je montrais tout à l'heure le contraste, la loi germanique et la loi romaine, avaient conservé chacune sa forme distincte et son territoire séparé. En France et dans la moitié de l'Europe, les pays de coutume et les pays de droit écrit s'entrelaçaient ou s'enclavaient les uns dans les autres sans pouvoir s'unir et se confondre. Aujourd'hui, cette fusion s'est enfin accomplie chez nous ; autour de nous, chez les nations voisines, elle se prépare et s'élabore. L'Allemagne, l'Espagne, l'Angleterre cherchent, à notre exemple, à coordonner et à fondre en un seul corps les éléments confus et discordants de leur législation. En Allemagne, la science a déjà su dégager, à travers la multitude des lois locales, les principes d'un droit commun, et un même code de commerce régit, depuis 1859, tous les nombreux États de la Confédération germanique. En Espagne, un projet de code, que le gouvernement a fait mettre à l'étude il y a douze ans, et qui, il faut l'espérer, ne tardera pas longtemps encore à recevoir la sanction législative, fait succéder à l'infinie diversité des *fueros* municipaux une loi uniforme, imitée de la loi française. Enfin, l'Angleterre elle-même, qui, jusqu'à ce jour, était restée si étroitement attachée à ses coutumes gothiques, cherche aujourd'hui à emprunter aux lois des nations latines leur méthode simple et savante, et songe à réunir et à classer en une sorte de Digeste l'amas confus de ses statuts et de ses *records*[1]. C'est à ce grand travail de codification, qui se poursuit en même temps chez toutes les nations civilisées, que l'Italie vient d'apporter son tribut ; ses nouveaux codes peuvent être considérés comme

[1] Voir, sur ce point, de curieux détails dans le *Times* des 8 et 9 février 1865.

l'expression la plus nette et la plus complète des tendances qui dirigent aujourd'hui les diverses législations européennes, et leur étude, à ce point de vue, prend encore une importance et un intérêt de plus.

Le même jour, le 25 juin de l'année dernière, un décret, daté de Florence, rendait publics et exécutoires dans tout le royaume d'Italie, à dater du 1er janvier 1866, trois nouveaux codes, un Code civil, un Code de procédure civile, un Code de procédure pénale. Je ne m'occuperai pas, du moins dans cette première étude, des deux codes de procédure, et, dans le Code civil lui-même, il est bien des parties sur lesquelles je ne ferai que glisser. S'il est des lecteurs curieux de plus amples détails, je les renvoie au travail très-complet et très-intéressant que vient de publier M. Huc[1] ; pour mon compte, je veux me borner à signaler, dans l'œuvre législative de nos voisins, les innovations et les réformes qui peuvent être pour nous-mêmes un enseignement et un exemple. Le code italien est, comme toute œuvre humaine, mêlé de bien et de mal ; tout n'est point à louer dans les 2147 articles qui le composent. Forcé de me restreindre et de choisir, je vais signaler seulement les meilleures de ses dispositions et passer les autres sous silence. Ai-je besoin d'ajouter que, dans ce choix, ce n'est point un esprit de partialité qui me guide, mais uniquement le désir d'être ainsi plus utile à mes lecteurs ?

III

Dès le début, le nouveau code de Victor-Emmanuel s'écarte de l'ancien code de Charles-Albert. On n'a qu'à les ouvrir et à en comparer les premiers articles, et l'on sent aussitôt que, dans le court intervalle qui sépare le code de 1837 et celui de 1865, une grande révolution a trouvé place.

L'ancien code de Sardaigne commençait ainsi : « La religion catholique apostolique romaine est la seule religion de l'État. Le roi se fait gloire d'être le protecteur de l'Église et d'assurer l'observation des lois qu'elle rend dans les matières soumises à

[1] *Le Code civil italien et le Code Napoléon, études de législation comparée.* Durand, 1866.

son autorité. Le pouvoir de faire les lois de l'État appartient au Roi seul. » Le nouveau législateur italien, en effaçant de son code ces dogmes surannés, n'a pas inscrit à leur place, comme on pourrait s'y attendre, les principes libéraux des sociétés modernes. Il a fait mieux encore : il a exclu du code civil toute déclaration de principes politique ou religieuse, donnant ainsi à entendre que la loi civile se suffit à elle-même, et que, fondée sur la raison et l'équité naturelle, elle ne relève d'aucun pouvoir politique ou religieux, mais jouit, dans sa sphère, d'une souveraine indépendance. Cette émancipation du droit civil, cette scission du droit civil et du droit public, est une des réformes de la loi nouvelle les plus fécondes en conséquences, et nous allons rencontrer dès l'abord, dans le premier livre du code relatif à l'état des personnes, quelques-unes de ses plus précieuses applications.

C'est grâce à cette distinction du droit public et du droit privé, que le nouveau code italien, par une innovation aussi juste qu'utile, a pu attribuer aux étrangers une capacité civile complète. Sous les législations anciennes, la jouissance des droits civils formait l'apanage exclusif des membres de la cité : l'étranger, dans Rome ou dans Athènes, ne pouvait pas plus tester ou contracter mariage qu'il ne pouvait voter dans les comices ou briguer une magistrature. Confusion fâcheuse et que les progrès de la science devaient dissiper : car les droits privés, les droits de propriétaire, de père, de fils ou d'époux, ne sont point, comme les droits de suffrage ou d'éligibilité, une création du pouvoir social ; fondés sur la nature même des choses et répondant à des besoins essentiels à tout être humain, ils appartiennent, non au citoyen, mais à l'homme. Cependant l'idée antique n'a pas disparu sans laisser plus d'une trace dans nos lois modernes : jusqu'à ces derniers temps, le code de Charles-Albert subordonnait la capacité civile à la double qualité de catholique et de *sujet du roi ;* et aujourd'hui encore, malgré les modifications qu'il a subies sur ce point, notre Code Napoléon fait de la jouissance de certains droits civils un privilége de la nationalité. La nouvelle loi italienne est à la fois bien plus équitable et bien plus logique, lorsqu'elle déclare, dans son article 3, que « l'étranger est admis à jouir de tous les droits civils attribués aux nationaux. » Espérons que ce principe, si longtemps méconnu, formera bientôt le

droit commun des nations civilisées : il se répand de plus en plus dans les diverses législations européennes, et, à l'heure où j'écris ces lignes, un nouveau projet de code pour la République Argentine vient de l'inaugurer dans le nouveau continent[1].

N'était-ce pas encore cette même confusion du droit privé et du droit politique qui, dans l'ancienne Rome, avait fait de chaque famille autant de corporations religieuses et politiques distinctes, et de chaque chef de famille un despote au petit pied ? Souverain pontife, souverain juge et exécuteur de ses sentences, le *paterfamilias* était, parmi les siens, le représentant de l'État et en exerçait tous les pouvoirs. Que de siècles il a fallu pour que la puissance paternelle ait enfin dépouillé ce caractère de magistrature et de fonction publique, et se soit réduite à un simple droit d'éducation et de tutelle, qui se mesure sur les besoins mêmes de l'enfant et qui cesse avec eux ! Naguère encore, dans le code de Charles-Albert, l'on eût pu retrouver bien des débris de la vieille institution romaine. L'autorité paternelle était, ici encore, une magistrature, que le parent mâle pouvait seul exercer, et qui continuait à peser sur le fils, bien qu'il fût devenu majeur et capable. Le fils non émancipé demeurait, jusqu'à l'âge de trente ans, privé de la jouissance de son patrimoine, et incapable de recevoir aucune libéralité sans l'autorisation de son père ou de la justice. Il ne pouvait, même au delà de cet âge, se procurer de l'argent par la voie d'un emprunt, sans que son père y consentît. Enfin, durant son enfance et tant qu'il n'avait pas atteint sa seizième année, son père était son juge, et pouvait le faire emprisonner durant un mois ; la puissance publique se faisait alors l'instrument passif de la puissance paternelle, et le magistrat n'avait qu'à transcrire aveuglément la sentence que le père avait dictée. Des principes tout opposés, on va le voir, ont prévalu dans la loi nouvelle.

La puissance paternelle, sous le code de 1866, n'est plus une magistrature ; aussi n'est-ce point au père seul qu'elle est dévolue, mais aux deux parents à la fois. Le père, sans doute, en a l'exercice, de préférence à la mère ; mais cette règle n'a rien d'absolu, et, à cet égard, la loi italienne est en progrès sur la

[1] Voir le tome XII de cette *Revue*, p. 97.

nôtre : tandis que, d'après le texte de notre code, l'autorité domestique ne passe à la femme qu'après la mort du mari, d'après la loi italienne, au contraire, la femme exerce cette autorité même durant le mariage, toutes les fois que le mari, interdit, malade ou absent, est hors d'état de l'exercer lui-même[1]. Ce n'est pas là le seul cas où la loi de Victor-Emmanuel se soit montrée plus généreuse, disons mieux, plus équitable envers la mère de famille que ne l'est la loi française : sous le Code Napoléon, il n'est permis à la mère survivante de demander la détention de son fils qu'en se faisant assister de deux parents, et le magistrat peut toujours refuser d'obtempérer à cette demande ; le père de famille, au contraire, forme sa demande seul et sans assistance, et, s'il s'agit d'un fils qui ait moins de seize ans, cette demande est un ordre auquel le magistrat est tenu d'obéir. Cette double distinction, qu'avait reproduite l'ancien code sarde, a disparu du nouveau code italien. Sous ce code, la puissance domestique s'exerce avec la même énergie, qu'elle soit dans la main de l'un ou de l'autre époux[2] : la demande de la mère peut se former sans assistance ; celle du père n'est plus une injonction, mais une simple requête que le juge peut rejeter. Ce dernier changement est encore une conséquence logique du caractère purement privé que le pouvoir paternel a contracté dans le droit moderne : si le chef de famille n'a plus qu'une autorité domestique et privée, comment pourrait-il encore dicter des ordres au magistrat et faire de la puissance publique l'instrument de ses caprices ou de ses passions ? Ce n'est pas tout ; le nouveau code, partant toujours du principe que la puissance paternelle n'est plus une magistrature sociale, mais une sorte de tutelle, est allé plus loin encore dans la voie des innovations et des réformes : il a voulu que les pouvoirs du père cessassent avec l'impuissance et la faiblesse de l'enfant, et il a affranchi le fils de famille majeur de toutes les incapacités dont l'avait frappé la législation antérieure. En outre, comblant une des lacunes les plus regrettables de la loi française, la loi italienne a réglé, avec un soin minutieux, les droits et les devoirs du père dans la gestion du patrimoine de ses enfants, et elle a autorisé

[1] Cpr. Code Napoléon, 373 ; Code italien, 220.

[2] Il reste cependant encore cette différence que le mari peut, par testament, restreindre l'autorité de la veuve. Code ital., 235.

les tribunaux à frapper de déchéance les parents qui, dans cette gestion, abuseraient de leurs pouvoirs[1].

De la puissance du père passons maintenant à celle du mari. Ici encore nous allons voir la loi italienne, toujours animée du même esprit progressif et sagement libéral, accomplir plus d'une réforme qui peut-être un jour servira de modèle à la loi française.

La puissance maritale est aujourd'hui consacrée d'un commun accord par toutes les législations européennes[2]. Mais, sous cet accord apparent, se cachent deux idées, deux tendances bien différentes. Certains législateurs, encore imbus du préjugé antique et païen sur l'inexpérience et la fragilité du sexe, ont vu dans l'autorité maritale un moyen de subvenir à la faiblesse de la femme et de suppléer à son incapacité; l'ancienne tutelle perpétuelle des femmes était trop gênante et trop loin de nos mœurs pour qu'ils pussent songer à la rétablir; mais lorsqu'un protecteur naturel s'est présenté à eux dans la personne du mari, ils ont saisi l'occasion et se sont empressés de placer la femme dans la condition qui leur paraissait le mieux appropriée à ses besoins, c'est-à-dire en état de tutelle. D'autres législateurs, au contraire, ont considéré la femme comme douée par la nature des mêmes facultés, de la même capacité que l'homme, et s'ils l'ont soumise, dans ses actes civils, au contrôle du mari, ce n'est plus pour protéger sa faiblesse et son inexpérience, c'est uniquement pour assurer, par l'unité de direction, la bonne administration du ménage. Quoique plus raisonnable, à coup sûr, et plus libéral que le premier, ce n'est pas ce second système, il faut bien le reconnaître, qui a prévalu dans le Code Napoléon, ni qui prévalait naguère dans le code de Charles-Albert. Dans ces deux codes, l'idée traditionnelle de l'incapacité du sexe est entrée, du moins pour une large part, dans l'organisation de la puissance maritale. Sans cela, pourquoi ces codes auraient-ils soumis la femme à la nécessité d'une autorisation, même dans les cas où le mari, absent, interdit ou mineur, est incapable de la fournir lui-même, et auraient-ils, dans ces cas, remplacé l'autorisation du mari par celle de la justice? pourquoi auraient-ils exigé une autorisation *spéciale*, et n'auraient-ils pas permis au mari de s'en

[1] Code italien, 224-227, 233.

[2] Même par le code autrichien, qui, cependant, permet à la femme de contracter sans autorisation maritale.

rapporter à la sagesse de sa femme pour décider de l'opportunité d'un contrat ou en régler les conditions?

C'est précisément en ces deux points que le code italien déroge à la fois et au code français et à l'ancien code sarde. En premier lieu, il n'exige plus une autorisation spéciale; il n'impose plus au mari l'obligation d'intervenir comme un tuteur dans tous les contrats que sa femme aura souscrits. Désormais le mari qui s'absente, ou dont quelque affaire personnelle réclame tous les soins, pourra, en confiant à sa femme une autorisation générale, la laisser libre de veiller à ses intérêts elle-même et de disposer de ses biens à son gré [1]. Cette autorisation générale n'est point, comme il pourrait le sembler au premier abord, une abdication détournée du pouvoir marital; car, fût-elle donnée dans le contrat de mariage, le mari est toujours le maître de la révoquer pour l'avenir. Une seconde innovation de la loi italienne, c'est le droit conféré à la femme d'agir seule et sans contrôle, toutes les fois que le mari est lui-même incapable ou indigne de l'autoriser; « c'est ce qui a lieu, dit l'article 135, quand il est mineur, interdit, absent, condamné à plus d'un an d'emprisonnement, durant l'exécution de la peine; enfin, quand il s'est rendu coupable envers sa femme de faits qui ont motivé une séparation de corps. » Dans ces divers cas, la femme devient, pour un temps, le chef du ménage, et elle n'a plus besoin, comme autrefois sous la loi sarde ou comme aujourd'hui chez nous, de recourir sans cesse, dans la gestion de sa fortune, à l'assistance des tribunaux.

Il est un cas cependant où le code exige cette assistance : c'est celui où la femme a ses droits à défendre contre son mari lui-même; où, suivant les termes de l'article 136, « il y a opposition d'intérêts entre les deux époux. » C'est ici que le législateur italien cesse de se fier à la prudence de la femme et croit le moment venu de la protéger. Assez prudente, assez sensée pour agir, au besoin, sans son mari et se passer de son secours, la femme ne le sera peut-être plus assez pour agir contre lui et pour résister à son influence. Tel est le système de la loi italienne; c'est, on le voit, précisément l'inverse de celui qu'ont suivi nos législateurs : chez nous, la femme se trouve-t-elle

[1] Code italien, 134.

privée de l'assistance maritale, le législateur la considère comme incapable et la place sous la tutelle des tribunaux ; se trouve-t-elle en conflit d'intérêts avec son mari, s'agit-il pour elle de contracter avec lui, de s'obliger pour lui, le législateur l'abandonne à elle-même, la jugeant sans doute suffisamment capable pour débattre ses droits contre son époux et son maître. Tel est le contraste entre les deux législations ; je laisse à juger de quel côté est le bon sens et la prudence.

Parmi les cas où le nouveau code affranchit la femme de l'autorisation maritale, il en est un qui mérite une attention particulière, c'est celui où les deux époux sont judiciairement séparés. La matière délicate de la séparation de corps occupe, dans le code italien, une plus grande place que dans le nôtre. Aux yeux des rédacteurs du Code Napoléon, qui venaient de réglementer le divorce, la séparation de corps n'était qu'une institution accessoire et de peu d'importance, et ils crurent faire assez pour elle en ébauchant en cinq ou six articles les principaux traits de son organisation. Qu'arriva-t-il? c'est que, le divorce une fois aboli, la séparation de corps s'éleva au rang d'une institution principale et exclusive, et que son organisation se trouva dès lors incomplète et insuffisante. A s'en tenir au texte du code, la séparation de corps, tout en faisant cesser la cohabitation, laissait subsister d'ailleurs tous les effets légaux du mariage : le mari, quelque graves qu'eussent été ses torts, conservait tous ses droits d'époux et de père, et par contre, bien que séparé d'avec sa femme, il était tenu de reconnaître comme siens les enfants auxquels elle donnait le jour. Malgré les efforts de la jurisprudence et l'intervention d'une loi nouvelle, cette lacune du code n'est encore qu'imparfaitement comblée : aujourd'hui encore, la femme qui a obtenu la séparation de corps reste soumise à l'autorité d'un époux indigne et ne peut agir sans demander sa permission.

Le législateur italien s'est placé à un point de vue tout différent et, à ce qu'il nous semble, bien préférable. Tout en proclamant l'indissolubilité du mariage et en donnant ainsi satisfaction au sentiment religieux du pays, il a voulu laisser en même temps la plus large place possible à la liberté civile, et en conséquence il a rendu la séparation de corps à la fois plus facile et plus efficace. En dehors des cas, peut-être trop rares, prévus par la loi

française, les tribunaux italiens peuvent encore prononcer la séparation lorsqu'elle est demandée de concert par les deux époux, ou lorsque le mari a manqué à ses devoirs, soit en entretenant notoirement une concubine, fût-ce ailleurs que dans la maison conjugale, soit en abandonnant sa femme ou en lui imposant une résidence et une manière de vivre qui ne sont point conformes à sa condition. Une fois prononcée, la séparation produit des effets importants : elle affaiblit la présomption de paternité et autorise le mari à désavouer l'enfant de sa femme; elle modifie la puissance paternelle, et en subordonne l'exercice et le partage entre les époux à un contrôle des tribunaux; prononcée contre le mari, elle le dépouille de l'usufruit légal pour en investir la mère; elle prive l'époux coupable, quel qu'il soit, de ses avantages pécuniaires et du droit de succéder à son conjoint. Enfin elle affranchit la femme de la puissance maritale : la femme agira sans autorisation, si la séparation a eu lieu par la faute du mari; elle agira avec l'autorisation de la justice, si la séparation a eu lieu par sa propre faute ou par consentement mutuel [1]. En un mot, la séparation de corps est redevenue dans le code italien ce qu'elle était dans l'ancien droit, c'est-à-dire une sorte de divorce, le divorce des catholiques, et tout ce qu'on a pu emprunter au divorce sans blesser le sentiment religieux, on l'a fait passer dans la séparation de corps.

Je ne dois pas terminer cette rapide esquisse de l'organisation de la famille dans le nouveau droit italien sans dire un mot des enfants nés en dehors du mariage. Bien qu'exclus de la famille, les enfants naturels ont de tout temps ressenti le contrecoup des divers changements légaux que la famille a subis : traités avec une sévérité presque inhumaine par les législateurs qui faisaient de la famille une institution civile et politique, ils ont vu peu à peu leur sort s'adoucir à mesure que les affections et les devoirs naturels ont repris, dans la constitution domestique, la place qu'avait usurpée trop longtemps la raison d'état. Jamais, je l'ai déjà remarqué, ces sentiments naturels n'avaient trouvé une plus large consécration que dans le nouveau code italien; jamais aussi les enfants illégitimes n'avaient été plus

[1] Code italien, 136, 150-158, 163, 757.

généreusement traités par la loi. Le code de Victor-Emmanuel, à la différence du Code Napoléon, admet la légitimation par décret royal, ce qui lui permet de frapper d'une prohibition formelle un acte que les principes du droit et ceux de la morale condamnent également, l'adoption de l'enfant naturel [1]. Nous allons voir en outre, en passant à l'étude des successions et des testaments, que l'enfant naturel a obtenu, sous le nouveau code, des droits héréditaires plus étendus et mieux garantis que ceux dont il jouit sous la loi française.

IV

C'est toujours dans le régime des successions que les principes généraux sur la constitution de la famille trouvent leur application la plus précise et leur expression la plus nette : ici les droits de famille se transforment en droits pécuniaires, ils se traduisent par des chiffres, et l'on peut dès lors, avec une exactitude mathématique, les évaluer et les comparer entre eux. Aussi le nouveau code italien va-t-il nous présenter, dans le titre *des successions*, des réformes et des améliorations analogues à celles que nous avons signalées tout à l'heure dans les titres *du mariage* et de la *puissance paternelle*. Dans la distribution des héritages comme dans l'organisation des rapports domestiques, ce n'est pas l'utilité politique ou l'intérêt social que le nouveau législateur a pris pour guide, comme l'avaient fait plusieurs de ses devanciers, c'est la nature même des choses, ce sont ces liens d'affection naturelle qui unissent les personnes issues d'un même sang en une communauté d'intérêts et de vie. Là est le vrai fondement du droit héréditaire, et, en conséquence, l'ordre et le rang des héritiers doivent se régler, avant tout, sur les affections présumées du défunt. Mais est-ce là, dira-t-on peut-être, un principe nouveau? Les rédacteurs du Code Napoléon ne l'avaient-ils pas déjà proclamé hautement et ne l'avaient-ils pas emprunté eux-mêmes à la législation du Bas-Empire? Sans doute : mais il faut bien convenir que, tout en rendant hommage à ce principe de raison et d'équité, nos législateurs en ont trop souvent méconnu les conséquences. S'ils voulaient, en effet, prendre pour règle les affections présumées du défunt,

[1] Code italien, 198, 205.

pourquoi alors, partageant l'héritage entre les lignes paternelle et maternelle, en ravir la moitié au père ou à la mère, pour en gratifier des cousins éloignés dont le défunt peut-être ne connaissait pas le nom? Pourquoi refuser aux enfants naturels le titre et les prérogatives d'héritier légitime qu'on accordait généreusement aux cousins du douzième degré? Pourquoi surtout reléguer le conjoint survivant au dernier rang des successibles, à côté du fisc? Pourquoi ravaler à ce point la dignité du mariage et réduire peut-être une veuve indigente à traîner dans la misère et dans l'opprobre le nom d'un époux riche et honoré?

Sur tous ces points, la loi italienne est sagement revenue à ces principes d'équité naturelle qu'avaient consacrés déjà en grande partie, il y a treize siècles, les Novelles de Justinien. Comme dans les Novelles, le père et la mère, et en général les ascendants du défunt, concourent avec ses frères et sœurs, se partageant les biens par parts viriles, et excluent, sans distinction de ligne, tous les autres collatéraux. L'enfant naturel prend place parmi les héritiers légitimes; il passe avant tous les collatéraux, même avant les frères et sœurs; il prend une demi-part, s'il partage la succession avec des enfants légitimes; il prend les deux tiers, s'il vient en concours avec des ascendants ou le conjoint survivant. Quant au conjoint survivant lui-même, la loi italienne ne s'est pas bornée à rétablir en sa faveur les anciennes Novelles, et à lui octroyer cette espèce d'aumône légale qu'on appelait la *quarte pauvre;* elle a créé pour lui un système complet de succession, digne de servir de modèle aux législateurs futurs. Si le défunt laisse des enfants légitimes, le conjoint a l'usufruit d'une part héréditaire égale à celle de chaque enfant, ou, s'il y a moins de trois enfants, l'usufruit du quart de la succession; n'y a-t-il que des ascendants, des enfants naturels, des frères ou sœurs, des neveux ou nièces, le tiers de la succession est dévolu au conjoint en pleine propriété; avec des oncles et tantes ou des cousins jusqu'au sixième degré, le conjoint prend les deux tiers de l'héritage; enfin, quant aux collatéraux au delà du sixième degré, ils sont exclus par le conjoint, qui recueille alors la succession tout entière[1]. Toujours fidèle à son principe, et plus soucieux des droits de la nature et du sang

[1] Code italien, 739–757.

que de la conservation des biens dans la famille, le nouveau législateur efface toutes les anciennes distinctions tirées de la nature ou de l'origine des biens héréditaires, et proscrit tous ces retours légaux, toutes ces successions bizarres et trop justement qualifiées d'anomales, qui chez nous ont fait de tout temps le désespoir des interprètes. En un mot, c'est toujours l'affection probable, l'intention présumée du défunt qui préside à la distribution légale de l'héritage ; la loi a pour ainsi dire testé pour lui comme il aurait sans doute testé lui-même ; comme l'a très-bien dit M. Huc, « celui qui meurt sans testament personnel laisse néanmoins un testament écrit pour lui dans la loi[1]. »

Gardons-nous cependant d'exagérer cette idée et de considérer la volonté privée du propriétaire comme régnant avec une autorité souveraine sur la transmission du patrimoine. Qu'il en fût ainsi dans l'ancienne Rome, à une époque où le père de famille disposait en maître absolu de la personne comme des biens de ses enfants, c'est ce que l'on comprend sans peine. Mais sous les législations modernes, d'autres principes ont prévalu, et la liberté testamentaire, partageant toujours les destinées de la puissance paternelle, a subi la même déchéance et s'est trouvée renfermée, elle aussi, dans d'étroites limites. A cet égard, la nouvelle loi italienne se rapproche de la loi française, sans cependant se confondre avec elle. Entre notre droit de réserve et la *porzione legittima* de nos voisins, il est une nuance qui ne doit pas nous échapper. Tandis que, dans la réserve de notre code, l'on retrouve encore, dans une certaine mesure, avec les traditions du droit coutumier, le désir de conserver les biens dans les familles, la légitime italienne, au contraire, descend en ligne directe de la légitime du droit romain, et n'a pour but, comme celle-ci, que de consacrer, d'ériger en obligation civile les devoirs que dictent les affections domestiques et qu'impose la nature. De cette différence d'origine et de principe découlent, dans tous les détails d'organisation, des différences pratiques importantes. La liberté de tester, dans le système du législateur italien, est tantôt plus restreinte que chez nous, tantôt plus étendue : plus restreinte, car la légitime est expressément conférée non-seulement « aux descendants et ascendants, » comme notre réserve, mais encore

[1] *Op. cit.*, p. 152.

à l'enfant naturel et au conjoint survivant ; plus étendue d'autre part, car l'obligation du rapport n'a jamais pour cause que l'intention probable du testateur et, par conséquent, ne s'applique jamais aux libéralités testamentaires; plus étendue encore, car la légitime due aux enfants ne peut jamais dépasser, quel que soit leur nombre, la moitié de la succession[1]. Quant à l'exhérédation pour cause déterminée, qui, des lois romaines, avait passé dans les codes de Sardaigne, de Parme, de Modène, des Deux-Siciles et dans les lois de Toscane[2], on n'en trouve plus trace dans le nouveau code italien.

On peut dégager de tous ces faits une observation générale qui n'est peut-être pas sans importance : si l'on compare les diverses législations qui se sont succédées en Italie, l'on y verra que la liberté testamentaire a, d'âge en âge, constamment perdu du terrain; elle était moins restreinte sous les lois romaines que sous les codes de Charles-Albert ou de Ferdinand ; elle était moins restreinte sous ces codes qu'elle ne l'est aujourd'hui. Et, ce qu'il y a de remarquable, c'est qu'à ces restrictions toujours croissantes de la liberté testamentaire, l'on voit correspondre, dans les périodes successives du droit italien, un développement toujours croissant de toutes les autres libertés civiles. N'a-t-on pas oublié naguère ces enseignements de l'histoire, dans la presse et à la tribune françaises, lorsqu'on y a réclamé, au nom de la liberté civile, l'indépendance et la souveraineté du testateur? Ce qu'il y a de certain, c'est que les habiles économistes qui ont présidé à la rédaction du nouveau code italien, ont compris la liberté civile d'une tout autre manière. Ils ont cru que, pour asseoir cette liberté sur une base solide, ils devaient établir d'abord une distinction profonde entre deux classes d'actes juridiques, les contrats à titre onéreux et les dispositions à titre gratuit; pour les premiers de ces actes, ils ont brisé toutes les entraves de l'ancienne loi et ouvert à la volonté des contractants une libre carrière; mais quant aux actes de la seconde classe, loin de les affranchir des anciennes restrictions légales, ils les ont frappés de prohibitions nouvelles et plus sévères.

[1] Code italien, 805, 812-820, 1008.

[2] Code sarde, 737. Code de Parme, 653. Code de Modène, 841. Code des Deux-Siciles, 848. Pour la Toscane, voir Forti, *Delle disposizioni per ultima volontà*, n° 514.

Examinons de plus près ce curieux contraste, et essayons d'en découvrir le secret.

Entre les actes de libéralité et les actes de commerce ou d'échange, il est des différences économiques et juridiques que les partisans les plus radicaux de la liberté civile ne sauraient méconnaître. C'est grâce à la multiplicité des échanges que les divers éléments de la fortune publique, en circulant de mains en mains, vont naturellement se placer dans les mains de ceux qui peuvent le mieux les exploiter et en tirer parti; ainsi les contrats commutatifs profitent à tous sans nuire à personne, chacune des deux parties contractantes y trouvant également son avantage. Il en est tout autrement des donations, qui ont pour effet nécessaire et pour caractère essentiel l'appauvrissement de l'une des parties, et qui ne font que troubler, par des fluctuations stériles, le mouvement régulier et fécond que le commerce imprime à la richesse publique. De là, la défaveur qu'elles ont rencontrée auprès du législateur italien, défaveur exagérée peut-être, car notre Code Napoléon, déjà si restrictif en cette matière, paraîtra presque libéral si on le rapproche du code de Victor-Emmanuel. La loi italienne ne s'est pas contentée, comme la nôtre, de limiter la quotité disponible, de soumettre les donations à des formalités gênantes, de prohiber les donations sous conditions potestatives, d'abolir les donations à cause de mort; elle proscrit encore toute institution contractuelle, fût-elle dans un contrat de mariage; toute substitution, fût-elle au profit des petits-fils du donateur; enfin toute libéralité entre époux, en dehors des dispositions testamentaires[1]. Pourquoi ces restrictions multipliées? pourquoi disputer au propriétaire l'un de ses plus précieux priviléges, celui de la bienfaisance? Le législateur a-t-il donc ici abjuré les principes de liberté civile qu'il a proclamés partout ailleurs? Loin de là; il a voulu protéger la liberté et les droits de la famille contre les dispositions arbitraires de l'un de ses membres; il a voulu protéger la liberté du donateur lui-même contre le danger des captations. Peut-être a-t-il dépassé le but[2]; mais on ne saurait l'accuser du moins de contradiction et d'inconséquence.

[1] Code italien, 899, 1054, 1064, 1073.

[2] Je le crois, et, toute réflexion faite, je pense que la règle *donner et retenir ne vaut*, issue du droit coutumier et faite surtout pour assurer la con-

V

La loi italienne a donc réservé toutes ses faveurs pour les contrats commutatifs, pour les échanges. Ici, plus de prohibitions, plus de restrictions : ouvrir à la circulation de la richesse des voies plus larges et plus aisées, tel a été l'effort constant du nouveau législateur. Parfois, il est vrai, il semble aller contre son but et gêner la liberté des parties par les formalités multipliées qu'il leur impose. Mais si vous y regardez de plus près, vous vous apercevrez bientôt que ces formalités même, quelque gênantes qu'elles paraissent, n'ont pour but et pour résultat final que de rendre les transactions plus faciles en les rendant plus sûres. Il est, en effet, deux conditions aussi essentielles l'une que l'autre au développement du commerce et à l'existence même du crédit : il faut que les transactions soient libres, mais il faut encore qu'elles soient publiques. C'est à ce double besoin que la loi nouvelle a su donner satisfaction par une longue série d'innovations et de réformes que je vais rapidement parcourir [1].

Tout en consacrant d'un commun accord le principe de la liberté des conventions, les codes antérieurs, sans en excepter le nôtre, ne s'étaient pas fait scrupule d'imposer à ce principe des restrictions aussi contraires aux règles de la justice qu'aux intérêts du crédit. Parmi ces restrictions, les unes, sous un faux air d'équité, avaient été introduites dans l'intérêt des parties elles-mêmes. Entourant les débiteurs d'une sollicitude fort mal entendue, puisqu'elle n'avait d'autre résultat que de diminuer leur crédit, la loi leur permettait, sous divers prétextes, de revenir contre une promesse librement consentie : tantôt elle relevait l'emprunteur contre un pacte d'intérêts usuraires; tantôt elle accordait la rescision au vendeur lésé; tantôt elle octroyait au débiteur malheureux le bénéfice d'un terme ou le bénéfice de cession de biens. Toutes ces dispositions, et bien d'autres semblables, que la plupart des législateurs modernes avaient

servation des biens dans les familles, se trouve quelque peu déplacée dans le code italien.

[1] Il est à remarquer que les réformes réalisées, en cette matière, par le code italien, sont précisément celles que sollicitent chez nous les publicistes les plus autorisés. Cpr. Batbie, dans *le Correspondant* de janvier 1866, p. 90.

empruntées au droit romain, le nouveau législateur italien les abroge ou les atténue : il abolit les lois sur l'usure et abandonne la fixation du taux de l'intérêt aux libres conventions des parties [1]; il autorise, dans les baux à ferme ou à cheptel, diverses clauses que notre Code civil, plus soucieux des intérêts du fermier que des droits du propriétaire, a injustement prohibées [2]; s'il accorde encore la rescision pour lésion au copartageant ou au vendeur d'immeubles, du moins la refuse-t-il au mineur dûment autorisé [3]; il supprime le terme de grâce [4], il supprime le bénéfice de cession de biens; disons mieux, il n'y a plus place pour ce dernier bénéfice dans la loi nouvelle : car la contrainte par corps n'est plus admise que dans des cas très-graves et devient une sorte de pénalité civile qui ne pourra jamais frapper un débiteur de bonne foi [5].

Des restrictions d'une autre sorte, mais non moins gênantes pour le commerce, avaient été établies, non plus dans l'intérêt des débiteurs, mais dans l'intérêt des familles : pour garantir plus énergiquement les droits des héritiers présomptifs, la loi imposait des entraves, non-seulement aux donations et aux legs qui auraient dissipé le patrimoine héréditaire, mais encore aux ventes et aux échanges qui en auraient changé la consistance et compromis la conservation ; pour mieux conserver ce patrimoine, la loi le frappait d'immobilité. De là, retraits de tous genres, substitutions, majorats ; de là, le rapport en nature, qui, pour ramener les biens du défunt dans sa succession, allait les ravir à de légitimes acquéreurs ; de là encore une institution, bien différente par son origine, mais analogue par ses effets, le régime dotal qui, grâce à l'inaliénabilité et à l'hypothèque légale qui l'accompagnent, enchaîne à la fois et le patrimoine de la femme et celui du mari. Que sont devenues ces diverses prohibitions dans notre nouveau code ? il en est qui ont disparu sans laisser de traces : ce sont celles qui, dérivées des coutumes germaniques, n'avaient pas jeté de profondes racines en Italie ; plus radical que le code français, le code italien supprime tous les retraits, toutes les

[1] Code italien, 1231, 1831. Loi sarde du 13 mars 1857.

[2] Code italien, 1668, 1685, 1693. Cpr. Code Napoléon, 1819, 1828, 3°.

[3] Code italien, 1308.

[4] *Id.*, 1173, 1246. — La règle *dies interpellat pro homine* est rétablie, *Id.*, 1223.

[5] *Id.*, 2093 et suiv.

substitutions, sans faire grâce ni au retrait successoral, ni aux substitutions imposées par un père au profit des petits-enfants [1]; il protége, contre le rapport en nature, les créanciers hypothécaires comme les tiers acquéreurs [2]. Mais quant aux prohibitions d'origine romaine, quant au régime dotal, la loi nouvelle n'aurait pu l'abolir sans rompre avec une tradition séculaire et faire violence aux mœurs nationales; elle a dû se borner à en tempérer la rigueur. Le régime dotal est, comme sous la loi romaine, le régime de droit commun, et il suffit qu'une dot soit constituée, pour que l'inaliénabilité vienne la frapper de plein droit; mais cette inaliénabilité n'est plus ce qu'elle était dans l'ancienne Rome, ni ce qu'elle est aujourd'hui chez nous. Elle n'est plus absolue, et le tribunal peut autoriser l'aliénation « dans tous les cas de nécessité ou d'utilité évidente [3]. » Elle n'est plus indéfinie dans sa durée, et, si la femme contracte des dettes pendant le mariage, les poursuites sur les biens dotaux, suspendues tant que le mariage dure, s'ouvrent aussitôt que le mariage se dissout et que les biens dotaux redeviennent libres [4]. Mais cette disposition, si précieuse pour le crédit des deux époux, n'est-elle pas sans danger? n'ouvre-t-elle pas au mari une voie détournée pour dissiper la dot, en empruntant sous la caution de sa femme? Le code italien a su précisément parer à ce danger de la manière la plus heureuse : j'ai déjà dit [5] que, d'après ce code, une femme ne pouvait s'obliger dans l'intérêt de son mari sans que la justice autorisât cet engagement ; il faut donc distinguer, parmi les engagements que contracte la femme italienne, ceux qu'elle souscrit pour son propre compte et ceux qu'elle forme dans l'intérêt et sous l'influence de son mari : les premiers sont valables, bien que dépourvus de l'homologation judiciaire, seulement leur effet sur la dot demeure paralysé tant que durent le mariage et l'inaliénabilité dotale; les seconds, au contraire, faute d'homologation, sont nuls dans leur principe, et restent nuls à toujours, puisque la femme était incapable de les contracter. Au point de vue scientifique comme au point de vue

[1] Code italien, 899.
[2] *Id.*, 1016.
[3] *Id.*, 1405.
[4] *Id.*, 1407, 3°.
[5] Voir *suprà*, p. 409, *in fine*.

pratique, ce système me paraît bien supérieur au nôtre, car il distingue nettement deux notions que la loi et la jurisprudence françaises ont trop souvent confondues, l'incapacité de la personne et l'inaliénabilité de la chose.

Mais il restait encore au législateur italien, je l'ai déjà dit, une dernière réforme à accomplir. Pour compléter son œuvre, pour aplanir les voies du commerce et les rendre libres et sûres, il devait y porter la lumière et les débarrasser de tous ces droits clandestins, qui, sous les lois antérieures, étaient comme autant de piéges tendus sous les pas des contractants. Il n'a pas failli à cette partie de sa tâche. Ce ne sont pas, il est vrai, des instruments de publicité nouveaux qu'il a mis en œuvre : l'inscription et la transcription hypothécaires étaient déjà pratiquées avant le code de 1866, dans plusieurs provinces de l'Italie[1]. Mais le mécanisme délicat et compliqué de ces deux institutions a reçu, dans la loi nouvelle, des perfectionnements que nous ne devons pas passer sous silence.

Si le but du législateur, dans le régime hypothécaire, doit être avant tout la consolidation du crédit foncier et son développement, tel n'est pas, ce semble, le but qu'a poursuivi le législateur français. On croirait qu'il s'est appliqué, non pas à étendre le crédit des propriétaires, mais à le restreindre. D'un côté, il multiplie et prodigue les hypothèques judiciaires et légales, qui sont la ruine du crédit ; de l'autre, il impose des restrictions de toute sorte à l'hypothèque conventionnelle. Mieux inspirée, je crois, et, à coup sûr, plus libérale, la loi italienne a voulu, au contraire, faciliter les conventions d'hypothèque, et en même temps réduire le nombre et l'étendue des hypothèques forcées. Elle facilite le prêt hypothécaire, en l'affranchissant des formes authentiques, et en permettant d'asseoir l'hypothèque sur un droit d'emphytéose ou une rente sur l'Etat; l'hypothèque elle-même, grâce aux cessions et subrogations dont la loi a soigneusement réglé les effets et les formes, peut devenir, entre les mains du créancier, un précieux élément de crédit[2]. En même temps, le nouveau code refuse l'hypothèque légale à l'enfant

[1] La transcription des mutations immobilières était exigée en Lombardie (édit de Milan, 19 juin 1826), en Sardaigne (édit du 23 juillet 1822), dans les États du Saint-Siége (ordonnance du 10 novembre 1834, article 183).

[2] Code italien, 1967, 1978, 1994.

placé sous la tutelle de son père ou de sa mère [1]; il refuse l'hypothèque judiciaire au créancier qui, sans faire condamner son débiteur, a simplement obtenu de lui la reconnaissance de sa dette [2]; il veut que toute hypothèque, légale ou judiciaire, soit limitée et spéciale, et quant aux immeubles qu'elle frappe, et quant aux créances qu'elle garantit [3]; il veut que toute hypothèque légale soit inscrite, et ne tolère plus aucune exception à la grande loi de la publicité [4]. Et cette publicité, ce n'est pas seulement pour les hypothèques qu'elle est requise, c'est encore pour tous les droits, pour toutes les actions qui peuvent menacer un tiers acquéreur : la transcription, que les lois françaises n'ont presque jamais appliquée qu'aux mutations immobilières, est étendue par le code italien à la plupart des actions résolutoires et révocatoires ; l'action paulienne, l'action du copartageant ou du vendeur lésés, l'action en révocation des donations pour survenance d'enfants, ingratitude ou inexécution des charges convenues, l'action résolutoire du vendeur, du co-échangiste, du créancier d'une rente foncière ; toutes ces actions n'ont d'effet contre les tiers que du jour où la transcription les a rendues publiques [5].

Cette liste, il est vrai, est limitative sans être complète. Elle laisse en dehors certaines actions que l'on n'eût pu soumettre, sans une rigueur voisine de l'injustice, au régime de la publicité : ce sont celles qui appartiennent aux contractants incapables ou victimes d'une violence ou d'une erreur. Mais, pour ces actions elles-mêmes, la loi cherche à pourvoir d'une autre manière à l'intérêt des tiers acquéreurs : c'est en rendant plus courte la prescription par laquelle ces actions s'éteignent, et plus courte aussi la prescription par laquelle l'acquéreur consolide sa pro-

[1] A proprement parler, dans la loi italienne, le survivant des père et mère n'est pas un *tuteur*, comme chez nous, mais un administrateur légal ; toutefois, comme ses pouvoirs sont presque aussi restreints que ceux d'un tuteur, la différence réelle c'est qu'il est affranchi de l'hypothèque légale qui ne pèse que sur les tuteurs proprement dits. Cpr. Code italien, 241 et suiv.

[2] Code italien, 1970. Cpr. Code Napoléon, 2123.

[3] Code italien, 1982, 1936, 1992.

[4] Il est juste de remarquer que la publicité des hypothèques légales était déjà établie, sous les lois antérieures, dans plusieurs États italiens. *Motu proprio* du 10 novembre 1834, art. 132. Loi de Toscane du 2 mai 1836, art. 454. Code sarde de 1837, art. 2215.

[5] Code italien, 1933, 3°. Cpr. 1080, 1088, 1235, 1308, 1511, 1553, 1787.

priété. A une époque où, comme l'a dit l'un des rapporteurs du nouveau code [1], tout progrès dans la vie sociale se traduit en une conquête sur l'espace ou sur le temps, ne convenait-il pas d'abréger les délais qui doivent affranchir la propriété et la purger de tous droits clandestins? C'est ce qu'a fait le nouveau code : il limite à une durée de cinq ans les actions en nullité pour cause d'incapacité, d'erreur, de violence, et, en général, toutes actions rescisoires et révocatoires ; il n'accorde que deux ans pour la revendication des choses mobilières ; il réduit à dix ans la prescription avec titre et bonne foi, même en cas d'absence du propriétaire ; enfin il renferme la prescription trentenaire dans des limites inflexibles et supprime toutes les causes de suspension qui pouvaient indéfiniment en prolonger le cours [2].

Et maintenant que nous avons parcouru, depuis les articles préliminaires jusqu'au titre de la prescription, toutes les parties du nouveau code italien, nous pouvons aisément l'embrasser d'un coup d'œil et en saisir l'harmonie et l'unité. Toutes les nouvelles règles qu'il consacre concourent vers un même but, se résument en une même idée, l'extension de la liberté civile; et de cette idée féconde, appliquée tour à tour aux lois sur l'état des personnes et aux lois sur la circulation des biens, est sorti un double progrès, un progrès moral et un progrès économique. Dans l'ordre moral, les diverses inégalités civiles résultant de la nationalité, du sexe, de la condition domestique ou sociale, sont aplanies ou abaissées. Dans l'ordre économique, le nouveau code sait assurer à la fois l'indépendance pour les contractants et la sécurité pour les tiers. Une réforme civile si vaste et si complète méritait, ce me semble, d'être signalée. Dans le grand travail de rénovation entrepris de nos jours par la nation italienne, s'il est des réformes qui se sont produites avec plus d'éclat, il n'en est pas peut-être de plus profonde ni surtout de plus durable ; car, nous en avons la ferme assurance, quelles que puissent être les destinées politiques que l'avenir réserve à l'Italie, l'œuvre législative de 1866 ne périra point, et elle suffirait à elle seule pour valoir au gouvernement qui a su l'accomplir la reconnaissance de la postérité.

PAUL GIDE,
Agrégé à la Faculté de droit de Paris.

[1] M. Vacca, rapporteur du troisième livre.
[2] Code italien, 1090, 1300, 2121, 2137, 2146.

BIBLIOGRAPHIE.

Le Livre des serfs de Marmoutiers, publié par feu ANDRÉ SALMON, suivi de chartes et d'un *Essai sur le servage en Touraine*, par M. CH.-L. GRANDMAISON, archiviste d'Indre-et-Loire. 1 vol. grand in-8°; Tours, chez Guilland-Verger. Paris, chez Dumoulin et Didron, 1865.

Ce dut être avec une joie profonde que feu André Salmon découvrit, dans le riche fonds ecclésiastique de la bibliothèque de Tours, le manuscrit du *Liber de servis majoris monasterii*, dont la reproduction fait la partie principale de ce volume. Il y a de cela bientôt vingt-cinq ans. Les connaissances sur le servage n'allaient pas bien loin : M. Guérard venait de donner, dans les *Prolégomènes d'Irminon*, les premières idées un peu nettes et les premières classifications détaillées; on ne possédait qu'un petit nombre de textes : quelle bonne fortune que de trouver un cartulaire spécial, un registre tenu un siècle durant et ayant pour objet unique la propriété des serfs d'une grande abbaye, leurs charges, les actes divers intervenus à leur occasion! Salmon se hâta d'imprimer sa découverte. Il le fit avec les soins d'érudit et le goût typographique qui mettent le dernier prix à ces sortes d'ouvrages.

Probablement, jamais publication de pièces inédites ne fut mieux venue que celle-là, chez ceux qui eurent part à sa distribution. Pourtant la distribution s'arrêta. Salmon retira même les exemplaires, puis il se mit à s'approvisionner de notes et de copies pour une publication plus complète. La mort, malheureusement, ne lui permit pas de la finir.

La Société archéologique de Touraine, donatrice des feuilles du *Liber* et des études du regrettable érudit, vient de les livrer au public. Elle nous présente le *Livre des serfs* accompagné de soixante chartes prises dans d'autres archives tourangelles. Elle a eu dans son vice président, M. Ch.-L. Grandmaison, archiviste d'Indre-et-Loire, un éditeur minutieux, zélé, qui a augmenté encore la publication d'une chronologie, d'index, d'une introduction étendue. L'ouvrage s'est vu attribuer une des médailles décernées en accessit au concours récent des Cartulaires. Voilà bien des titres ajoutés à l'intérêt qui semble appartenir à son objet propre. Le dirai-je toutefois? je ne sais trop s'il tient tout ce que son titre fait concevoir et ce que la distinction qu'il a

reçue supposerait. Quant au *Livre des serfs* en lui-même, il est bien certain que Salmon a désiré le reprendre, voyant après coup que l'on n'apprenait pas par lui autant qu'on aurait cru, et que, pour expliquer et préciser, il fallait d'autres textes. En son temps déjà un esprit avancé pouvait avoir ces exigences; à cette heure, où les documents se sont accrus et où il a été publié quelques livres, elles se manifestent de soi, à propos de ce cartulaire, même après les compléments ajoutés. Comme publication locale, il a certainement son importance, et on a lieu d'en savoir gré à ses éditeurs. Pour ce qu'il est, il vient un peu tard, si l'on prétend lui donner plus de rôle. La plupart des faits qu'il constate étaient connus. Autant sa publication eût produit d'effet en 1845, autant aujourd'hui l'on se pose, en l'ouvrant, des questions auxquelles il ne répond pas. Qu'était-ce que le servage, juridiquement parlant? d'où venait-il? par quels degrés a-t-il passé? quelle condition avaient réellement, dans la société, les personnes désignées comme des *serfs* dans les textes de l'époque des siens? On voudrait maintenant être un peu fixé sur tout cela ; on ne l'y trouve guère, si je ne me trompe. Il y a des détails sur des situations déjà indiquées par beaucoup d'autres textes, détails jusqu'à un certain point nouveaux parfois, sans rien de saillant ni de bien caractéristique. A la vérité, ce n'est pas là une pierre d'achoppement aujourd'hui. Les paléographes font l'opinion et ils traitent légèrement les préoccupations dont je parle. Ils répudient volontiers cette partie de l'héritage de Guérard, pour se complaire au mérite d'éditeurs. C'est l'exagération inévitable de l'excellent travail des textes auquel l'École des chartes se livre. Plus tard, sans doute, dans cette École même, le point de vue changera. On sera saturé d'analyse, d'archéologie pure, et l'on fera de la synthèse. Je crois en tout cas, que l'histoire du droit doit avoir constamment la curiosité dont ces infatigables chercheurs s'affranchissent, et même qu'au nom de l'histoire générale il faut se montrer impatient de voir plus loin qu'eux.

On aurait tort, quoi qu'il en soit, de contester au volume de la Société de Touraine le mérite d'apporter des documents curieux dans la question du servage, et à M. Grandmaison de les avoir très-exactement résumés dans l'*Essai sur le servage en Touraine* dont il a fait précéder les chartes. Ces chartes témoignent

d'abord de la variété de situation civile où étaient les serfs, montrant les conditions, les exigences, les solutions rigoureuses mêlées dans le même temps aux plus débonnaires ou aux plus empreintes de justice, le servage de naissance, dérivé de la simple filiation, à côté du servage consenti, recherché même. On y voit de nombreuses et diverses applications du droit servile quant à cette hérédité de la servitude, quant à la propriété du maître sur les choses et la succession du serf, une foule de stipulations aussi sur ces parties de la condition servile, sur les effets du mariage entre serfs de maîtres différents. Enfin, les exemples abondent de formules et de symboles relatifs à la constitution de l'état serf, à son affranchissement, à la translation de propriété des serfs. Sans que tout cela présente grand'chose qui ne se soit pas déjà rencontré autre part, le fait seul de ce que c'est groupé dans un registre exprès, afférent à un même et unique possesseur pendant plus de cent années, y ajoute évidemment une valeur historique.

Deux ordres de faits qui prennent un intérêt particulier soit de cette réunion, soit de leur fréquence dans les textes, sont ceux qui ont trait à la catégorie des serfs appelés *colliberti*, qui a occupé M. Guérard dans les *Prolégomènes d'Irminon*, et la grande quantité de personnes qui se constituent volontairement serfs du monastère. M. Grandmaison fait remarquer que la différence entre les serfs et les colliberts ressort bien de ces textes, et c'est avec vérité. Les derniers reçoivent leur qualité du domaine où ils naissent, ce qui constate une fois de plus la nature particulièrement servile de certaines terres ; ils jouissent d'une vie civile presque entière sur ce domaine, se marient librement entre eux et se succèdent en famille tant qu'ils ne le quittent pas. On croit que ce sont les continuateurs du colonat romain ; je suis plutôt d'avis, et j'ai dit pourquoi dans mon *Histoire des classes rurales*, qu'ils en sont les auteurs. Pour les retrouver dans les derniers temps du servage français, il suffit, à mon sens, de regarder aux familles en communauté du Berry, du Nivernais, de l'Auvergne, dont j'ai aussi parlé tout particulièrement dans le même livre et ailleurs.

Quant aux chartes par lesquelles des personnes sont constituées serfs de Marmoutiers, elles abondent. Elles suggèrent plus d'une observation sur le servage en Touraine à leur date,

de 985 à 1097 dans le *Livre des serfs*, et de 1040 à 1269 dans l'Appendix. On remarque tout d'abord, par exemple, que la majeure partie de ces personnes sont des oblats, des gens qui se donnent au monastère en invoquant l'esprit de religion, mais qui étaient libres. Sans doute ils ne seraient pas accourus dans un état pareil s'il avait comporté quoi que ce soit d'inférieur et de rebutant. Dans quel but s'y soumettaient-ils? On peut bien croire que l'idée religieuse, l'humilité, la pénitence y avaient une part ; néanmoins, d'autres causes s'ajoutaient. Cet esprit-là n'était pas moins vif en d'autres provinces. Dans le même temps il s'exprimait dans les mêmes termes, et les personnes s'y donnaient aux saints et aux monastères sans se faire serfs, comme à Marmoutiers, avec les cérémonies symboliques qui marquaient le plus authentiquement la translation de propriété, et avec tous les consentements de leurs auteurs, descendants ou suzerains. Le but palpable me paraît avoir été surtout envisagé par l'abbaye et consister en deux choses : lui assurer des biens et entretenir sa population. Une circonstance frappe dans les chartes : c'est la qualité des signataires. On n'y voit guère que des religieux inférieurs, cuisiniers, tailleurs, celliériers, bouchers, *famuli ;* l'abbé, le prieur, les moines, très-rarement. Ne faut-il pas penser que le monastère, à l'époque du Cartulaire, était assez désert, et se trouvait heureux en se recrutant des personnes de basse condition que l'on voit se donner à lui comme serfs, et aussi qu'il lui importait d'avoir recours aux situations et au droit serviles pour assurer la solidité des engagements? Peut-être que sans cela ni les personnes n'auraient beaucoup persisté, ni les donations de biens qui accompagnaient leur oblation, beaucoup tenu. Il paraît évident que l'héritage actuel ou futur des oblats n'est pas chose secondaire pour l'abbaye, et sans doute il y avait plus de certitude qu'elle pût le recueillir ou le défendre en vertu du droit servile qu'autrement.

Qu'à l'époque du *Livre des serfs* les applications de ce droit, et en particulier ce qui avait trait à l'entière propriété du maître sur la succession du serf, gardassent leur valeur, on peut donc l'affirmer ; cela résulte d'un grand nombre de chartes ayant pour but ces applications mêmes. On est autorisé semblablement à croire qu'elles constituaient une bonne manière de s'as-

surer contre la violence des puissants, contre les dénis de justice, non-seulement pour les biens matériels, mais pour soi. Toutefois, il me semble qu'on prétendrait à tort que la situation des personnes soumises à la qualité servile fût bien mauvaise et forcément chétive ; car beaucoup qui y entrent ainsi volontairement ont de la fortune et en gardent une partie ou tout en jouissance, et d'autres se font payer ; les unes asservissent tous leurs enfants, les autres tels ou tels, ou leur propre individu seulement. C'est un contrat librement établi, n'ayant certainement sa cause ni son but dans l'oppression ou l'abaissement des classes ; chacun y stipule ce qui l'arrange le mieux.

Il est bien évident, d'ailleurs, qu'il s'agit des droits utiles ou des services à recevoir des serfs, bien plus que de leur personne. Il est question plusieurs fois de moitiés de serfs, ou bien de la part que l'on a dans plusieurs ; notamment, on voit un compagnon de voyage de l'abbé de Marmoutiers donner sa part de deux, moyennant une livre de poivre et une paire de bottes de cuir cordouan, cela en pleine route, dans une halte. Ce ne pouvaient être des individus eux-mêmes que l'on possédât ainsi ou qu'on vendît pour si peu et si facilement.

En tout cas, cette attestation multipliée de la nécessité où l'on fut, en Touraine, d'user des modes et des conséquences du droit servile pour des choses que le droit commun régissait et garantissait à peu près partout ailleurs, constitue un fait historique curieux. Les derniers textes du volume de la Société archéologique montrent cette manière employée encore en 1113 ; dans des actes de 1269, 1294 encore, il est question de serfs et de stipulations de servitude. La Société a ainsi publié un précieux document pour la géographie et la chronologie du servage dans l'ancienne France. Je n'exprimerai pour ma part qu'un regret, c'est que son éditeur, M. Grandmaison, se soit imposé, dans l'*Essai* qu'il a mis en tête du livre, une réserve qui l'a empêché de se livrer à aucune conjecture et à aucun rapprochement quant au servage. Qui est-ce qui ouvrira les idées sur ces choses si peu connues, lorsque ceux qui font leur occupation de manier des textes se récusent à ce point ? Il n'y a pas si grand danger à se tromper en de telles matières, qu'il soit bien imprudent de s'y exposer. Il y a moins de danger pour des hommes d'archives que pour tous autres ; leurs trouvailles du lendemain viennent

rectifier l'erreur de la veille. De leur part, ce serait mal placer l'amour-propre que de le mettre à ne pas courir le risque de se rectifier après coup, ou de l'être par d'autres. Publier des textes est parfait; mais jeter un peu de jour sur eux à mesure qu'on les découvre n'a pas moins de prix, car il est indubitable qu'il ne faille les éclairer de plusieurs côtés, et plusieurs fois, avant de trouver la vraie lumière. Au risque de ne le faire qu'imparfaitement, il ne faudrait jamais négliger d'essayer. Il y aurait bien moins d'inconvénient à émettre une hypothèse peu durable, à faire une théorie ultérieurement contredite, qu'à répéter comme articles de foi de certaines thèses convenues. Il y a quelques-unes de ces banalités historiques dans l'*Essai* de M. Grandmaison, et, en les lisant, on ne peut s'empêcher de penser que l'on aurait du moins la chance de provoquer les controverses, et par là, quelquefois, d'ouvrir l'horizon, si on se laissait aller un peu à l'imagination, dans des travaux pareils, au lieu de prendre tout uniment le cadre d'idées ressassées pour analyser des textes nouveaux. HENRI DONIOL.

Etudes sur l'organisation judiciaire : Avoués, par M. PAUL CHARPENTIER, substitut du procureur impérial à Châlons-sur-Marne[1].

Sous ce titre, M. Charpentier donne au public un Traité complet sur l'histoire et l'organisation de la grande corporation des avoués. Il s'est trouvé placé, pour le faire, dans une position avantageuse ; il a pu compléter les documents livrés à la connaissance de tous, par des actes d'une nature plus confidentielle, connus jusqu'à présent des seuls magistrats. Ainsi, le livre du jeune magistrat présente une double utilité : coordination méthodique et complète des documents relatifs à l'organisation des avoués, publication de circulaires, importantes en elles-mêmes et ignorées du public, qui peut avoir intérêt à les connaître.

Indiquer ce double caractère du livre, c'est dire quels avantages il offre pour la pratique. Après un premier et court chapitre consacré aux renseignements historiques, M. Charpentier étudie successivement et dans le plus grand détail ce qui concerne la nomination des avoués, les conditions qui permettent et les incompatibilités qui défendent de remplir cette charge, les condi-

[1] Au bureau du *Journal des Notaires*, rue des Saints-Pères, 52.

tions et formalités qui suivent la nomination, les cessions et suppressions d'offices, les fonctions ordinaires des avoués, les cas exceptionnels où ils peuvent plaider et ceux où ils peuvent être appelés à remplacer les magistrats ; les frais et dépens, la discipline, rien n'est omis. Un chapitre est consacré aux avoués du ressort de la Cour impériale de Chambéry, un autre à l'honorariat. Ce livre se termine par un tableau du nombre des avoués.

Tous les mérites que comporte une monographie de ce genre sont réunis dans celle-ci. Il faut être complet, il faut être exact. Ce sont les deux premières conditions exigées d'un auteur qui prétend donner des renseignements sur une matière spéciale, sur une profession importante en elle-même, exercée par des personnes qui ne sont pas disposées à passer condamnation sur l'insuffisance ou sur l'inexactitude. Mais ce sont des conditions de répertoire : il en faut d'autres pour un livre. Ces renseignements divers, il ne suffit pas de les emprunter à une série de dispositions successives pour les juxtaposer; il est nécessaire de les classer dans un ordre rationnel qui permette à l'esprit de retrouver, sous un certain nombre d'idées distinctes, toutes ces dispositions. Cet ordre est parfaitement tracé par M. Charpentier. Une monographie est souvent difficile à lire, si elle est toujours intéressante à consulter ; la difficulté est singulièrement atténuée par le mérite d'un style net, facile et sobrement élégant.

Il est à peine besoin de dire qu'un tel travail est utile aux avoués présents et futurs, intéressés naturellement à se rendre un compte exact de leur profession. Le public peut y trouver aussi une grande utilité. Nous citerons notamment le chapitre V, sur les fonctions ordinaires des avoués. L'obligation de recourir à leur ministère, l'étendue de leur mandat, les conséquences qu'il entraîne, le dépôt qui peut y être joint donnent naissance à un certain nombre de questions fort intéressantes pour les parties représentées.

Ce sont des questions de véritable droit civil qui s'engagent ici. Il en est de même de celles qui s'élèvent à propos des cessions d'office. M. Charpentier les traite les unes et les autres avec une sobriété dont la nature de son livre lui fait une loi, mais avec une justesse et une précision remarquables. Les arrêts sont soigneusement étudiés. Les avoués n'ont pas à regretter que ce travail ait été fait par un magistrat. Il est d'autant plus

à l'aise pour rendre justice à leurs prétentions légitimes qu'il est plus désintéressé, et que sa position lui donne plus d'autorité. En ce moment où, peut-être, leur position va se trouver singulièrement modifiée par la révision du Code de procédure, il ne peut que leur être utile et agréable d'entendre un témoignage honorable rendu en leur faveur par un magistrat intelligent et consciencieux. A. D.

Code de la détention préventive, par M. G. Dutruc, juge d'instruction. — *Texte choisi des Pandectes*, par M. Pellat.

Le *Code de la détention préventive*, par M. G. Dutruc, juge d'instruction [1], est un de ces livres théoriques et pratiques qui sont appelés à rendre de grands services. Lorsqu'une loi nouvelle paraît, il est bon d'avoir sous la main un résumé des principes édictés par cette loi, un aperçu des difficultés qu'elle pourra présenter et des solutions pratiques fournies par l'expérience et la sagacité d'un magistrat distingué. M. Dutruc, auteur de divers ouvrages de droit civil et criminel, rédacteur en chef du *Journal du Ministère public*, etc., facilite singulièrement la tâche des juges d'instruction et des membres du parquet : ses commentaires sont sobres de détails et riches de règles dont il est facile de tirer toutes les déductions.

Le *Code de la détention préventive* se divise en quatre parties.

La première partie contient les divers textes du Code d'instruction criminelle relatifs à l'arrestation préalable, à la détention préventive et à la liberté provisoire, avec les modifications qu'y a apportées la loi du 14 juillet 1865.

La deuxième, l'explication en forme de commentaire de cette loi d'après l'exposé des motifs, le rapport de la commission du Corps législatif, la discussion à la Chambre et la circulaire de M. le garde des sceaux du 14 octobre 1865, ainsi que le texte de cette circulaire.

La troisième, le texte de la loi du 20 mai 1863, relative à l'instruction des flagrants délits devant les tribunaux correctionnels; et la quatrième, l'explication aussi en forme de commentaire de cette dernière loi (2e édition revue et augmentée).

On fait usage de cette loi de 1865, et tous les jours l'usage en révèle la sagesse et les bienfaits. La magistrature, qui veut

[1] Paris, Cosse et Marchal.

concilier les droits de la liberté de chaque individu avec les droits de la société, n'agit qu'en connaissance de cause; le juge d'instruction, dont les pouvoirs ont été agrandis, n'attente à la liberté individuelle que lorsque cette liberté entraverait ou compromettrait l'action de la justice.

On sait qu'aujourd'hui, d'après l'article 113 modifié, la mise en liberté est de droit, cinq jours après l'interrogatoire, en faveur du prévenu domicilié, quand le maximum de la peine est inférieur à deux ans d'emprisonnement [1]. M. Dutruc a dressé un tableau par ordre alphabétique des délits punis d'un emprisonnement dont le maximum est inférieur à deux ans. Rien de plus utile et de plus commode que ce tableau. Quelles que soient l'expérience et la mémoire d'un magistrat, il est assez difficile d'avoir dans la tête la nomenclature de tous les délits qui rentrent dans les termes de l'article 113, paragraphe 2, du Code d'instruction criminelle. Prenez le tableau dressé par M. Dutruc, et vous êtes immédiatement fixé. Un blanc a été ménagé pour que le lecteur puisse y ajouter les nouveaux délits que des lois ultérieures viendraient à faire rentrer dans la catégorie de ceux compris dans le tableau.

L'explication de la loi du 20 mai 1863, relative à l'instruction des flagrants délits devant les tribunaux correctionnels (2e édition, revue et augmentée), est pour la magistrature un guide excellent. A l'origine, on n'appliquait guère cette nouvelle loi que dans les grands centres; aujourd'hui elle est mise en pratique même dans les arrondissements de peu d'importance. Lorsque le délit est flagrant, que les preuves abondent, et que les contestations sont presque impossibles, pourquoi ne pas déférer sur-le-champ le délit aux tribunaux? Ainsi l'on supprime la détention préventive, sans compromettre aucun intérêt. Les flagrants délits de mendicité et de vagabondage sont de ceux qui se produisent le plus fréquemment et auxquels l'article 1 de la loi du 20 mai 1863 est le plus naturellement applicable.

Au reste, l'article 4 renferme le correctif des abus auxquels pourrait conduire l'application de la loi; car si l'inculpé le

[1] Cette disposition ne s'applique ni aux prévenus déjà condamnés pour crime, ni à ceux déjà condamnés à un emprisonnement de plus d'une année.

demande, le tribunal lui accorde un délai de trois jours pour préparer sa défense.

Je n'insiste pas sur l'utilité du nouvel ouvrage de M. Dutruc, le succès qu'il obtient est la meilleure des recommandations.

Je passe à un ouvrage déjà connu, les textes choisis des *Pandectes*, traduits et commentés par M. Pellat, doyen de la Faculté de droit de Paris [1]. Il nous donne une nouvelle édition, une édition corrigée et augmentée. Bien que la réputation du savant doyen soit faite depuis longtemps, soit en France, soit à l'étranger, je ne puis m'empêcher de payer mon tribut d'éloges et d'admiration pour les œuvres émanées de la plume de l'éminent romaniste. Est-il un traité plus net, plus lucide, et aussi plus attachant que le traité de la propriété et de ses démembrements? Est-il un exposé plus complet que celui des principes relatifs à la revendication? Le savant se pénètre avec délices de cette science si agréablement dégagée des textes des Pandectes, et l'étudiant le plus rebelle, celui qui maudit d'avance le droit romain sans en connaître toutes les richesses, finit par prendre goût à l'étude, tant le commentateur est clair et simple! M. Pellat a fait école, et ses élèves, s'inspirant de sa méthode, ont réussi à ranimer dans les écoles de droit la science du droit romain. Depuis quelques années, à la Faculté de droit de Paris notamment, les professeurs qui sont chargés de faire un cours de Pandectes aux docteurs publient leurs leçons, et ces publications sont de la plus grande utilité. Elles développent, fécondent et enrichissent les traités qui ont été faits sur les Institutes de Justinien.

Les textes choisis des Pandectes comprennent plusieurs matières importantes rangées sous ces titres : Durée de l'usufruit, Quasi-usufruit, Location irrégulière, Dépôt irrégulier, Conversion du dépôt en *mutuum*, Privilége du déposant, Conversion du mandat en *mutuum*, Translation de propriété, Donation à cause de mort, *Fidejussor indemnitatis*, Extinction du cautionnement par confusion, Extinction des obligations, Calcul de la falcidie, et *Institutio ex re certa*.

LÉONCE DE FONTAINE DE RESBECQ,
Docteur en droit, substitut du procureur impérial à Mont-de-Marsan.

[1] Paris, Aug. Durand. In-8°, 6 francs.

LA LEX MALACITANA.

DEUXIÈME ARTICLE.

Il m'a paru, contrairement à l'opinion d'un bien regrettable jurisconsulte, que l'*optio tutoris*, accordée au pupille de tout sexe et de tout âge, eût été une institution antipathique au droit romain, à cette législation si sage et si philosophique, dans laquelle l'esprit scientifique du droit se manifeste avec la plus éclatante expression que lui ait jamais donnée le génie humain. Le droit romain, qui n'accordait qu'aux magistrats supérieurs l'attribution de nommer des tuteurs aux pupilles, qui rendait les magistrats responsables de ce choix en plusieurs cas, et qui faisait refluer la responsabilité jusqu'aux magistrats subalternes, auteurs des listes de présentation (*nominatores*); le droit romain aurait-il livré le choix du tuteur aux caprices de l'enfant ! Une telle folie m'a paru incroyable. Mais on m'a objecté que je faisais, gratuitement peut-être, l'honneur de cette folie au droit germanique. Je dois à mes lecteurs, avant de revenir à la Table de Malaga, l'explication de ma pensée, à cet égard, et la justification du droit germanique lui-même.

Qu'on veuille bien faire attention que, par l'ancien droit germanique, je touche à la barbarie, ou au moins au premier âge d'une civilisation; et que, par le droit romain, je touche au plus parfait, au plus mémorable monument de la raison juridique des hommes. Cela dit, il est impossible de ne pas reconnaître que cet article étrange et parfaitement authentique, des *Etablissements de saint Louis*, nous révèle un fait anormal, qui suppose évidemment une tradition plus ancienne. Seulement, selon moi, il faut y reconnaître une tradition germanique, au lieu d'une tradition romaine. Quelle vraisemblance, en effet, que l'*optio tutoris*, complétement disparue des pays de droit écrit, se soit conservée précisément dans les provinces germaniques de la France, et dans une hypothèse tout opposée à l'esprit du droit romain ? Ceci me conduit à parler de la tutelle germanique; je me donnerai, je crois, ici, l'avantage de marcher con-

stamment avec des preuves qu'approuve la critique, et j'espère en tirer une conclusion qui porte la lumière sur un point obscur de notre ancienne histoire juridique elle-même.

Les lois qui règlent la tutelle, chez les peuples civilisés, s'accordent, en principe du moins, sur le but à atteindre, qui est la protection des incapables, c'est-à-dire des êtres auxquels la faiblesse de l'âge, ou l'infirmité de l'esprit, interdit l'accès de l'activité civile. Mais, quant à la règle d'après laquelle ces mêmes lois ont déterminé la cessation de la tutelle, une remarquable divergence se produit dans leurs dispositions; et, en effet, la fixation du terme précis où doit finir la tutelle se lie nécessairement aux circonstances du climat, des mœurs privées, des institutions politiques, et même aux idées morales et philosophiques de chaque peuple.

Dans l'antiquité classique, grecque et romaine, l'époque où l'homme reçoit de la nature la faculté de se reproduire a été la limite de la protection tutélaire. L'aptitude physique au mariage avait paru suffisante pour attribuer au pubère la capacité civile et même politique; et il est évident que l'appréciation physiologique de l'individu devait prédominer dans la détermination de cette époque, à l'occasion de laquelle se produisait une question, qui a beaucoup préoccupé les anciens, longtemps indécis entre le système d'une présomption légale et générale, fondée sur un âge préfix, et le système de la réalité individuelle, fondé sur l'examen des facultés personnelles. La politique des familles et la politique de l'État se rencontraient avec le naturalisme antique, pour exercer une influence décisive sur la solution de ces questions délicates, et sur la diversité de leurs applications.

D'autres lois, sous l'inspiration d'une philosophie plus pure et plus élevée, et de ce nombre est notre loi française, ancienne et moderne, ont donné le pas à l'intelligence sur la puberté, pour la collation des capacités civiles; et ont fixé la maturité morale, d'après une présomption absolue, acquise par l'échéance seule d'un âge précis, et en vertu de laquelle une limite invariable sépare la période légale de l'incapacité, de la période où l'individu jouit de tous les droits auxquels il peut prétendre.

Dans une civilisation moins avancée, d'autres peuples ont subordonné à des idées appropriées aux nécessités de leur situa-

tion sociale, la cessation de la protection publique ou domestique accordée au pupille. L'émancipation précoce de l'enfant, et l'indépendance prématurée de l'adulte, sont un trait de mœurs de la vie errante. Dans cette condition, la faculté reproductive est de considération secondaire, et le développement de l'intelligence n'est envisagé qu'au point de vue des besoins de la vie matérielle. L'enfant est élevé pour chercher fortune le plus tôt possible. De bonne heure il se détache de la famille, et sa participation à la vie publique se mesure sur son industrie ou sur son aptitude à remplir la destinée qui lui est marquée, dans les armes, dans le trafic ou dans les travaux rustiques. La rudesse des épreuves est une loi de l'éducation, et aussitôt qu'elles ont pu s'accomplir, l'enfant est livré à lui-même. Tel a été le point de départ et le principe du droit germanique. Il a gardé son empreinte primitive, dans toutes ses applications ultérieures, dans les phases multipliées de son développement, et dans les formes subséquentes de sociabilité auxquelles ses justiciables ont été soumis. De là vient la diversité profonde qu'on remarque entre la théorie des tutelles germaniques et la théorie de la tutelle romaine. Entrons dans quelques détails.

Tacite et César, qui n'avaient observé que les bandes guerrières des Germains, ou les tribus établies au voisinage du territoire de l'empire, signalaient déjà, de leur temps, ces traits caractéristiques de la famille germanique : traits qu'on trouve indiqués dans les coutumes contemporaines des invasions, et dans les lois écrites des grands États, fondés par les peuples teutoniques après la chute de l'empire romain. Il n'y avait pas chez eux d'âge précis qui déterminât la majorité civile. La prise d'armes, la possibilité éprouvée de les porter, l'admission de l'adulte dans la troupe guerrière : telles sont les conditions de la capacité légale. C'est la robe virile de ces peuples : *hoc toga*, dit Tacite. Le christianisme, planant sur ces idées premières de philosophie sociale, en a tempéré la dureté originaire, par le sentiment pieux de l'intérêt qu'inspire le pupille. La loi de Dieu avait dit : « Vous ne nuirez à la veuve ni à l'orphelin. » La loi romaine, comme les coutumes germaniques, ont reçu l'influence bienfaisante de ce précepte de charité généreuse ; mais les germes de chaque législation ont gardé leur nature propre ; et leurs produits vivaces, divers comme leurs principes, ont résisté, sous

tous les climats, à l'action du temps comme à l'action des hommes. La lutte constante établie, dès les premiers siècles, entre l'esprit romain et l'esprit germanique, et la victoire obtenue, en fin de cause, par la doctrine chrétienne sur les coutumes des barbares, n'ont pu en effacer la trace.

La tutelle germanique est à considérer d'abord dans la période qui s'étend depuis les invasions jusqu'à la rédaction des coutumes féodales (les *Libri feudorum*, les *Assises de Jérusalem*). Un simple coup d'œil nous suffira pour en apprécier le caractère, à cette époque. Je laisse de côté le phénomène de la conquête, car je ne veux pas faire un livre à l'occasion d'une demi-page d'un autre livre. Il m'est impossible toutefois de ne pas signaler l'importance de cet événement, qui transforma les deux sociétés, germaine et romaine, dans toutes leurs manifestations : dans les lois, les mœurs, les lettres et les arts. La conquête plia les Romains à la personnalité germanique, et les Germains à la territorialité romaine. La fusion s'est réalisée dans le vasselage ; mais la transition fut lente et graduelle. L'influence morale des Romains, considérable dans les premiers temps mêmes de l'invasion, dut naturellement décroître à mesure que la conquête se consolida ; et l'institution germanique prit bientôt librement son essor de supériorité, pour le perdre plus tard à l'époque où se produisit la réaction de l'esprit contre la force. La jurisprudence et les coutumes juridiques ont suivi ce courant général.

Les Germains n'étaient ni propriétaires ni agriculteurs : les peuples errants ne peuvent pas l'être. Ils ne subsistaient que par les armes ou les pâturages, la chasse ou la guerre ; ils habitaient de sombres forêts, ou vivaient de leurs pacages. Dans cette position sociale, ils avaient peu d'intérêts fonciers ; les relations personnelles étaient tout. Les rapports de tutelle et de minorité se réduisaient donc à la protection de l'enfant, et à l'indépendance de l'adulte, lorsque ce dernier arrivait à l'âge où l'homme pourvoit lui-même à ses besoins et peut défendre sa personne. Avec la propriété vinrent les intérêts conservateurs qui compliquent la question de la protection tutélaire. Les Germains empruntèrent d'abord aux Romains quelques usages juridiques, à cet égard ; et d'autant plus fut puissante l'influence romaine, d'autant plus les emprunts à la loi romaine furent considérables. La loi wisigothique en est la preuve. Mais la longueur du no-

viciat pupillaire des Romains étonna les peuples germaniques ; car, en y comprenant la curatelle[1], que ceux-ci n'admirent jamais, ce noviciat semblait durer jusqu'à vingt-cinq ans. Aussi donnèrent-ils la préférence au principe canonique, d'après lequel la moralité des actions, au point de vue du péché, se mesurait sur l'intelligence de l'agent : principe qui, du reste, n'était pas étranger à la théorie de l'imputabilité romaine. Les Germains reconnurent donc, avec l'Église, des *anni discretionis*, pour le civil, et ils donnèrent un effet juridique au serment corroboratif du pupille qui avait dépassé l'*infantia*, à l'instar du serment du majeur. D'après la *Lombarda*, l'âge suffisant pour s'obliger par serment était acquis après sept ans ; à douze ans, l'enfant pouvait valablement concourir, avec son père, à l'aliénation d'un bien héréditaire ; et à dix-huit ans il avait, isolément de son père, la capacité d'aliéner, *legitima ætas*[2]. Ainsi les Germains ont abaissé l'âge des majorités romaines. Ce droit a duré, en Italie, jusqu'à Frédéric II[3]. Dans une multitude de chartes gallo-franques, des périodes mérovingienne et carlovingienne, interviennent des enfants, qui souscrivent les *traditiones*[4] de biens qui étaient censés appartenir à la famille plutôt que propres au père et à la mère.

Le point de départ du droit germanique était, en ce qui touche la durée du pouvoir tutélaire, la considération des besoins ou de la destination du pupille, comparés avec les moyens qui pouvaient y satisfaire. C'était le simple droit de nature. Partant de cette idée fondamentale, on devait arriver non à l'unité de règle, mais à la variété des usages. Les lois des diverses tribus devaient être différentes ; et dans chaque tribu

[1] *Curatela ignota*. Stiernhoock, *De leg. sueo-gothicis*, II, 2.

[2] Voir *Die* LOMBARDA *Commentare des* Ariprand *und* Albertus, *edid.* A. Anschütz. Heidelb., 1855, in-8. (p. 130 et suiv.). — Cf. la loi de Luitprand, dans *Leges Longobardorum*, fol. LXVI, *verso* et suiv. (édit. de Nic. Boyer, 1512), et fol. LXXXVIII, *verso*.

[3] Voir les *Constit. regni neapolitani*, édit. de 1537, fol. 100 *verso*, et *ibi glosam*.

[4] Voir les *Traditiones* de Weissenbourg, publ. par Nic. Zeuss ; les *Chartes bourguignones*, de Ch. Garnier, les Chartes de D. Vaissette, dans l'*Histoire de Languedoc*, et tous les anciens Cartulaires. Le principe y est le même que dans la *Lombarda* : l'enfant mineur *patri alienanti recte consentit*. La majorité militaire était plus reculée, parce que l'aptitude physique au maniement des armes se développait plus tard.

même, il devait y avoir diversité de pratique, selon que le pupille appartenait à une condition subordonnée, comme celle des *Lites*, ou à une classe supérieure, comme celle des *Adalingi* ; ou bien encore selon que le pupille appartenait à la *gemeinde*, ou à la bande guerrière, à la tribu militante. Un géographe ancien nous parle de la *longa pueritia* qu'il a observée chez les tribus guerrières des frontières germaines[1]. La loi wisigothique exigeait vingt-cinq ans d'une classe supérieure[2]. L'ancienne loi de Goslar reculait même à trente ans une majorité[3] seigneuriale. La compilation du Miroir de Souabe constate de vieux usages qui portaient la majorité militaire tantôt à dix-huit et tantôt à vingt-cinq ans ; mais avant qu'on eût fixé un âge déterminé, la règle était, selon le Miroir de Saxe, que celui-là était majeur, c'est-à-dire pubère, dans le sens romain et civil du mot, qui, ceint d'une épée, armé d'une lance et chargé de son écu, pouvait sauter sur un cheval et galoper deux heures dans cet équipage[4] ; cette disposition a été interpolée plus tard dans le Miroir de Souabe. Les lois salique et saxonne[5] indiquaient la puberté juridique, c'est-à-dire le *jus standi in judicio*, à douze ans ; la loi des Ripuaires à seize ans[6], et la vieille coutume de Champagne avait retenu la majorité noble à quatorze ans[7] ; tandis que les anciennes coutumes angevines et normandes la reportaient jusqu'à vingt et un ans[8] : âge qui devint une sorte de loi générale, lorsque les coutumes de la chevalerie eurent établi qu'on était reçu chevalier à vingt et un ans. La présomption légale de force suffisante fut ainsi fixée, par application du principe romain qui

[1] Pomp. Mela, III, *cap.* III ; et Cluvier, *German. antiq.*, I, 21.

[2] *Lex Wisig.*, IV, tit. III, §§ 1 et 4.

[3] Voir Leibnitz, *Scriptor. Brunsvic.*, III, p. 470.

[4] Voir Daniels, *De Saxonici Speculi orig.*, p. 34.

[5] XXIV, § 1, édit. de Merkel ; cf. avec *Capit.* de 819, Pertz, I, 225 ; et Homeyer, *Sachs. Spieg.*, art. 26.

[6] *Lex Ripuar.*, tit. LXXIX ou LXXXIII ; cf. avec *Établissements de saint Louis*, I, 142. — Toutes les coutumes d'origine ripuaire avaient gardé cette majorité, pour les nobles.

[7] Voir *Li droict et li coustumes de Champaigne, et Brie, que li roys Thiebaux establi*, art. 5 ; et Pithou, sur la Coutume de Troyes, p. 85, édit. de 1630.

[8] *Aage de pouvoir combattre, par la coust. anc. de France, est à* 21 *ans.* Texte cité par Pithou, *ibid.*, p. 86 ; cf. avec les anciennes Coutum. d'Anjou et de Normandie.

avait substitué l'âge présomptif à l'âge positif de l'aptitude virile.

Mais malgré ces invasions du Romanisme, il reste dans le droit germanique une originalité de principe et même une certaine unité de pratique fort remarquables. Nous en trouvons la preuve démonstrative, en comparant les systèmes respectifs de l'un et de l'autre droit, sur l'organisation de la famille, sur la théorie générale de la tutelle, et sur les aptitudes afférentes à chaque âge.

Famille. — La république romaine était une association de chefs de famille. Le chef, ou le père, est magistrat domestique; il a la police de sa race, *potestas;* sa puissance est perpétuelle, et la mère n'y succède jamais. Il gouverne les biens à son gré, sous le contrôle supérieur de l'État, *nam reipublicæ interest neminem re sua male uti.* C'est sur cette base qu'est constituée la famille romaine, qu'est fondée la *patria potestas*, et que s'élève la tutelle. Dans la famille germanique, il ne s'agit plus de chef civil, mais de père naturel, et celui-ci n'est pas magistrat; il n'est que protecteur, et dès que la protection n'est plus nécessaire, la relation juridique cesse, puisqu'elle n'a plus de cause réelle. L'expression de ce principe se retrouve avec une pureté remarquable dans la vieille compilation du Kayserrecht[1], et se rencontre avec la même fidélité dans les plus antiques coutumiers du moyen âge. Les conséquences en étaient simples et logiques. La relation de père à fils, suffisante pour motiver le *mundium*, ne suffisait pas pour en démontrer l'existence. Un simple fait matériel avait bien plus d'autorité : savoir, la cohabitation. Père et fils habitaient-ils ensemble ? Ce fait prouvait la nécessité ou la convenance du *mundium*, et le résultat juridique était produit. Un fait en sens contraire, la séparation, prouvait que le *mundium* n'existait pas, puisqu'il n'était pas nécessaire. A défaut du père, la mère a le *mundium*, sous les mêmes conditions. Le fils vivant avec le père est dit être *in manupastu patris;* le fils séparé s'appelait *extrafamiliatus*. On retrouve ces qualifications partout où la race germanique a pénétré ; elles existent

[1] Voir les textes dans Senkenberg, *Corp. jur. germanici*, et la préface de l'éditeur, p. LIV, n° 66. — Heineccius, malgré l'influence qu'il subit, à son insu, des idées romaines, est tout aussi catégorique, sur le principe essentiel de la famille germanique. *Antiq. german.*, t. III, *passim*.

encore dans les lois sueo-gothiques[1]. Bracton et Cowell en donnent le témoignage précieux pour les lois anglo-normandes[2], et le Landrecht de Saxe en garde un souvenir fidèle. Dans le vieux duché de France, Rigord; pour l'ancienne Bourgogne, Pérard, nous ont transmis les mêmes renseignements[3]. On sortait même volontairement de la famille entière, *parentela*, et par conséquent de ses responsabilités, comme on sortait de la maison paternelle; les lois barbares nous en fournissent la preuve authentique[4]. En un mot, l'indépendance de l'individu n'avait d'autre limite légale que l'indépendance d'autrui; et le droit ne rencontrait d'autre obstacle que le droit. Tel est l'esprit germanique. Ce droit a été le nôtre au moyen âge. On disait : *rompre le fust,* selon Pithou, quand on brisait tous les liens de la famille ou de l'amitié[5]. Enfin, il n'était pas besoin d'une séparation de fait pour séparer légalement le père et le fils. Si, sous le même toit, le père avait départi une part du patrimoine à son fils, cette *démission préventive*, transportée plus tard des mœurs germaniques dans les mœurs françaises, émancipait le fils du *mundium* paternel[6]. Les deux Miroirs de Saxe et de Souabe et l'ancien *jus Lubecense* en ont gardé la tradition[7] importante et précise. Du reste, la famille germanique était limitée, dans ces temps reculés, à des degrés très-rapprochés[8]. Les lois des Francs,

[1] Voir Stiernhoock, *loc. cit.*, p. 172.— *Separatio fiebat, simul ac ejus ætatis essent, ut suis præessent penatibus. Causa enim potestatis illius erat educationis onus, quo cessante et illam, cessare debere existimabant.* Heinecc., *Antiq. german.*, III, p. 372.

[2] Bracton : *Foris familiare... secundum quod antiquitus fieri solet*, lib. I, cap. x (édit. de 1569). — Cowell, *Instit. juris anglic.*, tit. XII : *Quibus modis jus patriæ potestatis solvitur*, et tit. IX : *De patria potestate*. On sait que Cowell est fort suspect de romanisme, et il en a subi la peine. Son autorité a d'autant plus de prix pour nous.

[3] Voir le *Sachsenspiegel*, *Landrecht*, I, 13, Homeyer. — Rigord, *Ad ann.* 1188, dans le Recueil de D. Bouquet ;—Pérard, *Recueil des chartes de Bourgogne*, p. 298 et suiv.

[4] Loi salique, tit. LXIII : *Si quis de parentela se tollere voluerit..., quatuor fustes alninos... super caput frangat*, etc.

[5] Pithou, *Glossar. ad leg. salic.*, tit. cit.

[6] Voir la loi des Bourguignons, I, § 2; la loi des Ripuaires, LIX, § 9, et les formules connues, sur ce sujet. Ce mode de *séparation*, par assignation entre-vifs d'une part de la fortune paternelle, était usuel chez les Francs.

[7] Voir Heinecc., *Antiq. german.*, III, p. 381 et suiv., où les textes sont cités et réunis.

[8] *Pact. leg. salic. antiq.*, § 47 : *Usque ad sextum geniculum.*

des Lombards, des Bavarois, des Wisigoths, ne l'étendent que jusqu'au septième degré exclusivement, c'est-à-dire qu'elles n'y comprenaient personne au-delà des issus de cousins-germains.

Tutelle. — Nous retrouvons la même diversité d'organisation générale dans l'institution de la tutelle. En droit romain, la tutelle pupillaire ne peut s'ouvrir que par la mort du père de famille ; je ne compte pas l'émancipation. En droit germanique, la tutelle est ouverte par la dissolution du mariage; car la constitution du mariage civil y est diverse aussi de la constitution du mariage romain. L'un ou l'autre des époux survivants a la tutelle de l'orphelin pupille, éloigné ou bien vivant *intra genu*. Les lois des Bourguignons et des Wisigoths en ont texte précis. La tutelle de la mère germanique est l'objet d'une faveur marquée, tandis qu'en pur droit romain cette tutelle n'existe pas. Dans le droit byzantin seul elle est l'objet d'une grâce. Cette faveur de la mère a dominé même la nécessité du service du fief. Il n'y a du reste, en droit germanique, d'autre tutelle légitime, à vrai dire, que celle de l'époux survivant ou de l'ascendant, car les autres tutelles sont réellement datives, quoique prises dans la parenté. L'oncle même doit demander la confirmation du magistrat, et nul ne peut entrer en fonctions sans en recevoir licence du juge. C'est qu'en droit romain, ce qui domine, c'est la tutelle légitime de l'agnation, à défaut de la testamentaire. Le magistrat doit attendre d'être provoqué pour conférer une tutelle (*petitio tutoris*). En droit germanique, le magistrat est tuteur-né, tuteur supérieur de tous les pupilles de son ressort; il est chargé de pourvoir d'office à leur tutelle. En droit romain, toutes les tutelles étaient gratuites; c'était une fonction de famille ou d'État. La tutelle légalement déférée était par conséquent obligatoire. En droit germanique, la tutelle était facultative, si ce n'est pour le magistrat. Elle était, dans les cas ordinaires, rémunérée par un usufruit plus ou moins considérable des biens du pupille. Les lois des barbares, les monuments carlovingiens et les Miroirs, ne laissent aucun doute à cet égard, et nos anciennes coutumes en avaient gardé la trace. La pratique nous en est restée pour le père et la mère survivants. Dans le droit romain, on plaide et on agit contre le pupille, valablement défendu par son tuteur; en droit germanique, tout procès est impossible contre le mineur, et l'action est en suspens tant que dure la pupillarité. Enfin, conséquent avec son principe, le droit

germanique remettait en tutelle le vieillard infirme, qui avait de nouveau besoin, au terme de la vie, de l'assistance d'un protecteur, d'un *Mund*. Ainsi le décidaient le *Landrecht* et le *Weichbild* de Saxe.

Traiter ici du *mundium* des femmes serait un hors-d'œuvre. Je n'en parlerai que pour faire remarquer combien les analogies sont trompeuses. Qui ne croirait, à lire la loi des Lombards[1] à ce sujet, que les Germains ont emprunté au droit romain la tutelle perpétuelle des femmes? Et cependant, il est bien démontré que ce *mundium* de la femme est de pure institution germanique. Je ne mettrai pas même la thèse en discussion[2].

Fin de la tutelle. — La même diversité fondamentale se manifeste entre le droit romain et le droit germanique, touchant la fin de la tutelle, *ex parte pupilli*, pour autre cause que la mort ; et nous abordons ici la question la plus délicate de notre sujet. Heineccius, qui a si nettement et si correctement traité les autres parties de cette matière, est sur ce point dans un nuage d'incertitude. Il entrevoit la vérité, puis aussitôt elle lui échappe et l'illusion l'entraîne. L'idée romaine de puberté le préoccupe, et il cherche, dans le droit ancien de son pays, ce *criterium* de la majorité civile, qui est tout à fait étranger aux mœurs natives et à l'esprit original de la Germanie. La théorie civile de la puberté a pénétré, il est vrai, dans les lois des barbares, et surtout dans la compilation ou le remaniement des Miroirs ; mais il est évident que les praticiens allemands du moyen âge ont cédé à la même réaction romaine que nos praticiens français du treizième siècle. Thomasius l'avait bien démontré, dans ses *Selecta feudalia*, dès le commencement du dernier siècle. Lors donc que le *Landrecht* de Saxe nous parle de la puberté, de ses signes apparents, de sa vérification, et de son influence sur la tutelle,

[1] *Nulli mulieri... liceat... sine mundio vivere*, liv. II, tit. x. Cf. les Constit. de Frédéric II, liv. III, tit. xxx, et *ibi* la Glose ancienne.

[2] Voir Heinecc., *Antiq. germ.*, III, p. 434 et suiv., et Eichhorn. Il y a cependant, à mon avis, dans les anciennes coutumes de Bordeaux, un vestige bien marqué de l'ancienne tutelle perpétuelle des femmes : *costuma es en Bordalés, que quant aucuna piucella reman sens païre, jasia asso que sia granda, no es pas sufficienta a far sos feyts*, etc. Ce n'est pas là du droit gaulois, ou tolistoboien, que je laisse volontiers au fond de la Garonne, mais une trace visible de droit romain.

c'est moins le droit originaire de la basse Allemagne qu'il nous donne, que le droit réformé sous l'influence de l'école de Bologne, et modelé sur les écrits de Justinien. C'est une imitation ou traduction du romain, comme nous en trouvons dans Pierre de Fontaines, ou dans le *Livre de Justice et de Plet*. Ce goût d'imitation est surtout manifeste dans le vieux droit autrichien du treizième siècle, où le rédacteur de l'ordonnance ducale a copié purement et simplement le droit romain, et ses distinctions de quatorze ans pour les mâles et douze ans pour les femmes[1]; imitation et emprunt qui prouvent, du reste, l'absence d'ancien droit national, sur cette matière de la limite d'âge.

Heineccius lui-même reconnaît cette imitation et la signale : *Si fatendum quod res est*, dit-il, *omnes hi Romanos videntur imitati*. Comment le méconnaître, en effet, en présence de textes tels que celui-ci : *Gothis ætatem legitimam virtus facit, et qui valet hostem confodere, ab omni se jam debet tuitione vindicare*[2]. Ce témoignage est tellement conforme à celui de Tacite, qu'il arrache à notre auteur une conclusion digne d'être citée :

Ergo Germani veteres tunc demum juvenes remoto tutore suis rebus invigilare permisisse videntur, quando animadverterunt eos tractandis armis sufficere. Simul ac ergo eis cingulum militare solenniter dederunt, eos etiam sine tutoribus agere voluisse videntur, parum solliciti utrum XXV ætatis annum nondum attigerint, an eandem superarint.

Que si de cette règle, concernant la majorité militaire, nous tournons les yeux vers l'intérieur même de la tribu, nous y trouvons encore ce phénomène déjà indiqué de l'émancipation précoce de l'enfant, et de l'excitation dont il est l'objet pour qu'il cesse au plus tôt d'être à charge à ses parents. Lisons la loi anglo-saxonne : *Si vir moriatur, viventibus uxore et prole, justum est ut proles matrem sequatur, et unus paternorum suorum cognatorum voluntarius fidejussor statuatur facultates ejus conservandi*, USQUE DUM DECENNIS FUERIT[3]. Aussi, le droit de coaction vis-à-vis de l'enfant orphelin, au sujet de sa résidence dans la maison maternelle, était limité à dix ans. Cette loi des Saxons était proba-

[1] Voir les *Reliquiæ manuscript.* de Ludewig, t. IV, p. 16.

[2] *Edict. Théodor.* — Heinecc., *loc. cit.*, III, p. 482.

[3] Loi de Hloth. et Eadric, § 6. Voir Grimm, *D. R. Alterthümer*, p. 413 (édit. de 1828).

blement identique avec celle des Francs, qui ouvrait de si bonne heure l'imputabilité pupillaire. N'est-ce pas là l'origine de la maxime que nous lisons dans les praticiens anglo-normands du moyen âge, au sujet de la fin de la garde du pupille vilain ou bourgeois : « En nos estatuts, dit Britton..., nul certeyn temps n'est « limitté (*aux pupilles*)... ; mes si tost come ilz sachent descre- « tion de terre gayner, dras auner, et deners counter, et sage- « ment marchaunder, si volons que ils soient de age; et les « femeles, si tost come elles sevent descretion, et les ordinaunces « que appendent a faire en hostel[1]. » C'est le même principe que pour la majorité militaire; seulement, la destination de l'enfant étant diverse, il est différemment traité. Si ces textes, comme d'autres que nous indiquerons plus tard, avaient été connus d'Heineccius, ils lui auraient épargné bien des erreurs. Voilà la véritable limite de la tutelle germanique. Elle cesse lorsque le pupille est apte à la vie qui lui est destinée. Toute autre règle est de superposition romaine, notamment la distinction des âges. Les mots allemands, comme les mots français qui l'indiquent, sont littéralement traduits du latin. Dans l'ancien droit statutaire de Strasbourg, le magistrat décidait, d'après l'appréciation individuelle du pupille, s'il pouvait être livré à lui-même sans inconvénient[2]. Même en adoptant la limite d'âge, les rédacteurs de certaines lois barbares manifestent la contrariété qu'ils en éprouvent, et abaissent toujours la limite romaine[3].

Du reste, il est juste de reconnaître que l'on rencontre dans les habitudes germaniques, et de temps immémorial, une division des premiers âges de la vie en périodes fixes[4]. Il est probable que l'influence chrétienne est pour beaucoup dans la détermination même de ces périodes, mais elle couvre une idée indigène. Ainsi, l'âge de sept ans est, dans les plus anciennes coutumes, une époque où la condition de l'enfant est changée. Il passe alors de la direction des femmes sous la direction des hommes, et César avait déjà vaguement indiqué ce trait de

[1] Britton, chap. LXVI, *De gardes*, p. 164 de l'édit. goth. de Londres, 1640.

[2] Voir Schilter, *Exercitat. ad Pandect.*, XXXVII, § 80.

[3] La loi romaine des Bourguignons prend quinze ans; la loi des Lombards reste dans le vague; d'autres lois adoptent vingt et un ans, mais toujours pour le militaire.

[4] Voir Grimm, D. A., édit. citée, p. 411.

mœurs [1]. Qui ne connaît l'âge désigné dans les diplômes sous le nom de *anni discretionis*, nom qu'on retrouve dans les coutumiers et praticiens français? Grimm parle aussi de l'âge du *mündigen*, dont la limite juridique est arbitraire et livrée aux usages locaux ou aux variétés des habitudes [2]. Ainsi, en quelques Coutumes, l'âge usité pour l'émancipation des femmes est porté à quatorze ans, tandis que celui des hommes est reculé à douze [3]. Puis vient la *perfecta ætas*. Les indications que donne Grimm, à cet égard, répondent exactement à celles de Skenée sur les coutumes écossaises, qui, comme on sait, sont d'importation normande [4], et dont l'origine est analogue. Dans le *Kayserrecht*, compilation aussi ancienne au moins que les *Miroirs*, et plus répandue qu'eux dans la vallée du Rhin et du Mein, on lit ce détail curieux d'une ancienne majorité de douze ans, dont peut-être la majorité des rois de France à cet âge était une application, et dont le vestige a subsisté dans la Hesse et dans la France rhénane jusqu'au treizième siècle [5], selon des témoignages irrécusables.

Avec la féodalité, l'esprit germanique se dégage de l'esprit romain et s'épanouit plus libre, dans le cercle naturel de son action. Mais l'esprit germanique a subi une notable modification sous l'influence de la propriété fixe; et s'il domine dans la transformation européenne de cette époque, ce n'est plus avec l'allure des premiers temps, quoique son caractère n'ait pas changé.

[1] *Nisi cum adoleverint, ut munus militiæ sustinere possint, palam ad se adire non patiuntur; similiterque in puerili ætate, publico in conspectu patris adsistere turpe ducunt.* César, *De Bell. gall.*

[2] Grimm, *ibid.*, p. 411 à 416. — Voir aussi Heineccius, *loc. cit.*, III, p. 487. Les traits qu'il rapporte de singulières dispositions du MIROIR de Saxe, sont évidemment d'origine romaine; ce que les anciens compilateurs des coutumes allemandes et françaises ont emprunté aux recueils de droit romain, dès le douzième siècle, est vraiment prodigieux.

[3] Voir le *Kayserrecht*, part. II, chap. XVII, où il est évident que le compilateur, pour expliquer certaine majorité de vingt-quatre ans, se livre à des conjectures de pure imagination. L'empereur, dit-il, avait d'abord fixé l'âge de quatorze ans pour les femmes, et de douze pour les hommes. Ensuite, aux douze premiers ans il en a ajouté douze autres, mais on ne les observe pas.

[4] Voir Skenée, *Ad* REG. MAJESTATEM, p. 55 (édit. de 1613), sur le chap. XLI du liv. II.

[5] Cf. Dupuy, *Majorité de nos rois*, chap. I; Gudenus, *Cod. diplom.*, t. I, p. 640; et Haltaus, *Gloss.*, p. 274.

Le volume anonyme *De beneficiis* est un curieux monument de l'époque de transition. Ainsi, la majorité militaire ou féodale n'y ressort point encore, aussi nettement dessinée que dans les coutumes féodales du douzième siècle[1]. Cependant la hiérarchie féodale y est déjà parfaitement organisée, dans ses *clypei*[2]; mais la majorité de douze ans y est encore debout, et le service du *beneficium*, qui n'est pas encore le fief, n'a point encore déterminé la nécessité d'une majorité plus reculée. L'adolescent de douze ans peut demander l'imbénéficiation; le suzerain perd le revenu du bénéfice héréditaire lorsque le bénéficiaire atteint douze ans, et à cet âge ce dernier peut agir sans tuteur. Avant le *puerilem terminum*, tous les droits des pupilles sont gardés, et nul ne prescrit contre eux, tout comme dans l'ancien droit.

Mais le régime des fiefs, proprement dit, s'étant partout consolidé, en Allemagne et en Italie, sous les derniers Franconiens; en France, sous les premiers Capétiens; ailleurs, sous de hardis conquérants, derniers conducteurs[3] des bandes germaniques; et ces événements politiques coïncidant avec la rénovation des études juridiques et le réveil de l'esprit humain, engourdi depuis près de deux siècles, il se forma partout une jurisprudence savante, à laquelle on n'a pas rendu assez de justice, parce qu'on ne l'a jugée plus tard, avec le système dont elle était l'instrument auxiliaire, qu'au point de vue de la vanité des prétentions,

[1] L'*Auctor vetus, De beneficiis*, est des premières années du onzième siècle. Cf. Thomasius, *Selecta feudalia*, 1708, in-8; Biener, *Commentarii de orig.*, etc., III, p. 268-69. — Walter, *D. R. G.*, 2e édit., 1857. — Le meilleur texte du *Vetus auctor* est, à mon sens, celui du *Corpus* de Senkenberg. Voir les paragraphes 61 à 80.

[2] La vraie signification et l'importance de l'écu, *clypeus*, n'est bien indiquée que dans le *Vetus auctor*. Les *Miroirs* n'en donnent, pour ainsi dire, que la glose. L'écu n'appartenait pas seulement au bénéficier, au seigneur, il appartenait à tout le vasselage, qu'il représentait, à la bataille ou dans la marche guerrière. Aussi l'humiliation de l'écu était un acte que le vasselage ne pardonnait pas. Charles de Lorraine l'expia par la perte d'une couronne (voir l'article 96 du *Jus feudale alemannicum*, de Schilter); et l'on comprend, en lisant ces vieux documents, la douleur immense que fut cacher dans une solitude éternelle, ce Welf, dont le fils, oubliant la dignité de sa race, avait reconnu la supériorité d'un suzerain (voir le Moine de Weingarten, dans Hess, *Prodromus*, etc., in-4).

[3] *Dux* est la traduction de l'*herzog* actuel, mot composé de l'ancien allemand *her*, terrible, éminent, glorieux, auguste; et de *zog*, tiré de *zogèn*, conduire, *ducere*, *migrare*. Voir Scherz, *Gloss.*

substituée à la réalité des services. Cette jurisprudence a son expression, en notre langue, dans les Assises de Jérusalem, et dans les plus anciennes coutumes normandes ou angevines; un droit s'y manifeste, plus pur et plus développé que dans les coutumes lombardes (*libri feudorum*), rédigées sous l'influence du premier des Frédéric, bien que la réputation des *livres des fiefs* ait de beaucoup dépassé la renommée et l'autorité des coutumes françaises d'outre-mer. Le droit des tutelles en reçut une organisation qui n'avait été qu'ébauchée auparavant, et qui reproduit le principe germanique dans son originalité. L'intérêt de la transmission héréditaire du fief fut combiné avec l'intérêt non moins important du service du fief, c'est-à-dire de l'accomplissement des conditions fondamentales du fief; et sur cette double base un système régulier et complet fut édifié.

Le fief étant une concession gratuite à charge de foi, hommage et service, lorsqu'il était vacant par la mort du feudataire, et que ses héritiers n'étaient point en âge de prêter foi, hommage et service, il est évident qu'il ne restait que deux partis à prendre: retirer le fief, ou en continuer le bénéfice, en assurant la prestation des charges. Le retirer avait été la loi première; mais, depuis que l'hérédité des fiefs avait été reconnue, il n'y avait plus qu'à subir les conséquences de la mort prématurée du feudataire, en assurant le service du fief, au mieux possible. Or, le mieux étant, pour le suzerain, en pareil cas, de se servir soi-même, il fut réglé que ce dernier se chargerait et de la tutelle du pupille et de la garde du fief. Le double intérêt du mineur et du suzerain parut satisfait par cette combinaison, d'où est sortie l'une des théories les plus importantes du droit féodal, et partant du droit commun lui-même; car, par l'un de ces entraînements dont est remplie l'histoire de l'humanité, le droit des fiefs est devenu, à un jour donné, le droit universel, et tout a été soumis à sa loi, dans une certaine mesure; tout le monde ayant voulu, même le bourgeois de Paris, être fieffeux ou fieffé, jusqu'au moment où, par un brusque retour, le droit des fiefs a été si complétement abandonné, qu'il n'est pas resté trace de son existence, et qu'il a été même téméraire d'en parler.

M. Laferrière a tracé en maître un tableau très-remarquable des événements qui ont préparé les voies au régime féodal, et des vicissitudes diverses de cette législation, qui occupe une

place si considérable dans l'histoire de l'Europe. Je ne le suivrai pas dans les savantes discussions auxquelles il s'est livré à cet égard. Je ne partage pas toujours son sentiment, dans ces matières difficiles; mais cette partie de l'*Histoire du droit français* est certainement une des mieux traitées de son livre. M. Laferrière est du petit nombre des jurisconsultes qui ont compris l'importance du rôle qu'a joué le droit féodal dans l'élaboration de notre jurisprudence, et il en a fait l'objet d'une étude approfondie. Ce mérite devient trop rare pour ne pas être signalé. Cependant, je dois ajouter qu'il me semble parfois trop sévère envers un système qu'on ne peut bien juger qu'en se plaçant au centre même de son théâtre d'action, c'est-à-dire à la grande époque de son influence réelle sur la société, et en s'isolant des événements postérieurs qui ont mis un orgueil vexatoire à la place d'une institution utile, en son temps.

Les anciens jurisconsultes allemands, français et anglais ont voulu expliquer le droit féodal par le droit romain, et ont systématiquement négligé la source germanique du droit du moyen âge; il en est résulté une altération progressive et permanente de l'intelligence véritable du droit[1] des fiefs.

Qu'il me suffise donc de dire ici que le système des fiefs a été comme le complément de l'invasion. Il en a régularisé les effets désastreux. Il nous offre le développement chevaleresque du régime des bandes guerrières de la conquête, et l'application de la clientèle germanique à la possession militaire du sol[2]; et, comme l'état de guerre était alors devenu l'état permanent de la société, il se développa, sous cette influence, une civilisation nouvelle, et une jurisprudence générale fut fondée sur cette nécessité. Toutefois, bien que le droit commun des fiefs ait été presque partout et spontanément le même, ou peu s'en faut, pour les principes, une assez grande liberté dans les coutumes particulières se maintint pour le détail. Nous en voyons l'application en ce qui touche la fin de la tutelle féodale. Les lois

[1] Voir Thomasius, *loc. cit.*, 330-33.

[2] Je citerai avec plaisir, à ce sujet, un ouvrage de la jeunesse de M. Mignet : *De la féodalité, des institutions de saint Louis et de l'influence de la législation de ce prince;* Paris, 1822, in-8°. C'est le premier livre imprimé par l'auteur, mais il brille déjà de toutes les qualités qui le distinguent si éminemment dans son âge mûr.

barbares avaient emprunté la règle des majorités d'âge à la loi romaine, tout en la modifiant; on remarque, dans les usages féodaux relatifs à la tutelle, ces diversités originaires de coutumes, et c'est ainsi que la Champagne avait gardé la majorité ripuaire de quinze ans, les Normands, Saxons et Francs-Saliques, la majorité de vingt et un ans[1]. Mais, lors de l'établissement des fiefs, la véritable règle qui détermina la fin de la tutelle fut l'aptitude au service militaire; l'émancipation cessa d'être attachée à un âge précis, et la libération de la tutelle redevint individuellement appréciable, comme dans les usages primitifs; la majorité put même être réglée par des conventions particulières entre le seigneur et le vassal[2]; cependant certaines observances furent confirmées par la pratique générale, et toujours dans le cercle du principe lui-même de la capacité militaire[3].

Il est curieux de voir comment la logique des jurisconsultes, s'appliquant au droit féodal avec autant d'ardeur qu'au droit romain, avait réglé la tutelle du mineur feudataire ou vassal.

Tant que les fiefs ne furent concédés qu'à vie, il ne fallut pour les administrer, à la mort du feudataire, ni tuteur, ni gardien. Ils n'étaient donnés qu'à gens capables d'un service effectif et réel. Mais quand ils furent rendus héréditaires, les suzerains, prévoyant bien que les fiefs pourraient échoir à des mineurs, incapables de service militaire, se réservèrent la jouissance des fiefs pour le cas advenant de la minorité de leurs vassaux[4], droit

[1] Les lignages d'outre-mer adoptèrent l'âge de vingt-cinq ans. Voir les *Assises de Jérusalem*. Même usage fut adopté par les gentilshommes qui observaient le *Jus baronum*, à Naples. Voir les *Constit. sup. cit.*, fol. 130, glose. Les uns et les autres suivirent une indication romaine qui se trouva d'accord avec la loi de leur situation.

[2] Voir Houard, *Lois anglo-normandes*, t. I, p. 165.

[3] La vie civile fut à ce point identifiée à la vie militante, que celui qui fut incapable de militer, tel que le lépreux, fut exclu de la possession des fiefs. Voir le *Vetus aut. de Benefic.*, § 81. On l'assujettit, même en son vivant, à recevoir l'absoute et le service des morts. Voir la liturgie de cette singulière cérémonie, dans Ragueau, v° SERVICE. Les femmes ne furent pas exclues de la succession féodale, parce que leurs époux pouvaient desservir les fiefs.

[4] Voir Laurière, *Cout. de Paris*, t. II, p. 290. Il n'a connu qu'un petit nombre d'actes, relatifs à ce sujet, ce qui lui a fait prendre le général pour l'exception.

qu'on nomma *garde royale ou seigneuriale*. Cette réserve conventionnelle était généralement usitée dans ces premiers temps, et les *libri feudorum* ont gardé sur cet objet un silence qui serait inexplicable, si l'on ne connaissait les clauses banales des chancelleries et des feudistes de l'époque [1]. On ne trouve, en effet, dans les coutumes lombardes qu'un titre isolé sur la minorité du vassal, et il a pour rubrique *De minore ad fidelitatem non cogendo* [2]. Cujas y a fourni un commentaire qu'il faut lire. Le mineur héritier du fief ne pouvant être contraint à l'hommage et foi, il avait bien fallu pourvoir, par des conventions spéciales, à le remplacer dans le service. De là l'usage de la garde du fief, par le suzerain, pendant la minorité du feudataire. Ce fut le droit commun du treizième siècle; on le trouve converti en loi, dans les constitutions napolitaines de Frédéric II [3], et les *Établissements* constatent l'universalité de cet usage dans les terres de France.

Cette puissance intérimaire du fief, pendant la minorité du vassal, s'appela d'un nom germain, *ward*, la garde; et, par ac-

[1] Voir Craig, *Jus feudale*, p. 290 (édit. de 1732).

[2] Ce titre n'appartient pas à l'ouvrage original de Obert du Jardin et de Gérard le Noir. C'est le 13me du IVe livre, dont l'auteur est incertain, mais d'un âge postérieur à la rédaction primitive.

[3] Les Constitutions napolitaines sont un remarquable monument du génie de Frédéric II, et de ce malheureux P. des Vignes dont la fin tragique reste enveloppée de tant de mystère. Elles sont trop peu connues en France, où cependant, en 1537, Jean Crespin les avait publiées, à Lyon (in-8° goth.), ornées d'une glose bien précieuse, et précédées des constitutions octroyées par les prédécesseurs de Frédéric. La très-correcte et savante édition de Carcani nous est restée presque ignorée. Nous devons une vive reconnaissance à la généreuse résolution de M. le duc de Luynes, et à la docte patience de M. Huillard Breholles, pour l'admirable Cartulaire de Frédéric II publié par leurs soins. Grâce à eux on peut écrire, sur pièces, l'histoire de ce prince magnanime, l'un des plus grands de sa race héroïque. Cinquante ans avant saint Louis, Frédéric II a supprimé, dans ses États, le combat judiciaire, par des ordonnances admirables. Il a rectifié, complété l'organisation du droit féodal dont les premiers fondements avaient été posés par son aïeul, et ses constitutions sur ce sujet ont une importance historique qui n'a point été assez remarquée. Il a réglé la succession aux fiefs sur un pied nouveau, modelé l'héritage féodal sur l'héritage civil, et donné le signal de la révolution juridique accomplie en France par Beaumanoir. Enfin, comblant une lacune des *Libri feudorum*, il a fixé le principe du *Balium* impérial sur tout feudataire mineur relevant de l'empire, et réglé conformément à l'équité le *Jus balii* à leur égard.

cession au fief, le pupille, homme du haut seigneur, tomba aussi sous sa garde. Le nom même de tuteur disparut, et tandis que, dans le droit romain, la notion de tutelle impliquait essentiellement la protection de la personne, et, comme conséquence seulement, la gestion des biens; la garde seigneuriale au contraire, la tutelle féodale, eut pour objet principal la terre ou le fief, et comme accessoire la protection de la personne du pupille. En droit romain, le bien ne venait qu'après la personne; en droit féodal, la primauté de protection est pour le fief, la personne ne vient qu'après. Ce droit primordial ne tarda pas, du reste, à être modifié.

De tout ce qui précède, il résulte que les *Etablissements* reproduisent le pur droit germanique, dans cet article 137, demeuré lettre close pour les éditeurs et commentateurs de ce livre, jusqu'à ce jour. Le pupille est-il gentilhomme, c'est le droit féodal qui règle la garde et le service. Le pupille est-il vilain, *homme de poote* ou de métier, sa tutelle est réglée par l'usage si bien constaté, si bien motivé, par l'Anglo-Normand Britton, contemporain de la rédaction des *Etablissements*. Aucun temps n'est fixé pour la fin de sa tutelle, mais aussitôt qu'il saura labourer, mesurer de l'étoffe, compter des deniers, et sagement marchander, il sera majeur; et si le pupille est féminin, la majorité sera pour lui venue sitôt *comme il saura descretion, et les ordinaunces que appendent à faire en hostel.* La conséquence est que le pupille ira où il voudra. La raison de la maxime qu'*en villenage n'a pas de bail,* se tirait de l'origine même du villenage, qui était presque servage. Le vilain était la continuation du Lite. Ce caractère est très-bien défini par M. Laferrière lui-même. Aussi la maxime disparaît lorsque le caractère servile a disparu. L'enfant du vilain avait pour tuteur la communauté ou les amis[1]. Dans l'origine, il n'avait rien en propre, par conséquent rien à conserver par un tuteur. Pour lui, il ne s'agissait que de vivre; et dès qu'il en savait les moyens, ceux qu'indique Britton, l'œuvre tutélaire était accomplie.

Qu'on relise, après ces notions préliminaires, l'article 137 si discuté; le sens, la portée et l'origine du droit, ne seront plus un

[1] Ce droit s'était perpétué chez les mainmortables. Voir Chasseneuz, et les anciens commentateurs des Coutumes de Bourgogne.

mystère. « Nul homme coutumier, c'est-à-dire vilain, ne peut « avoir sous sa tutelle un enfant étranger qu'au cas que nous « allons expliquer. » Première allusion au *mundium* des père et mère ; première idée qui nous éloigne du droit romain. « Lorsque « le père et la mère sont morts, celui à qui devrait retourner la « terre, c'est-à-dire la tenure en vilenage, s'ils fussent morts sans « enfants, peut *garder* les enfants jusqu'à ce qu'ils puissent choisir « d'eux-mêmes un des amis de leur père, ou, s'ils l'aiment « mieux, un étranger (qui les reçoive) : *tant que ils porraient aler « a un de leurs autres amis, se il leur grée miex, ou à un autre es- « trange.* » Voilà une application remarquable de l'indépendance individuelle des Germains. L'enfant du premier âge est admis à y participer. J'appellerais ce droit le droit naturel germanique. L'émancipation indiquée par Britton n'en est qu'une conséquence. Mais la tutelle est volontaire, de la part du tuteur : *voluntarius tutor,* dit la loi anglo-saxonne, et il rendra même un service rémunéré. Tout cela est bien loin du droit romain. « Celui que l'enfant a choisi, continue le rédacteur des *Etablis- « sements,* doit tenir leur héritage en bon état, et s'il ne le faisait, « il serait tenu à leur en payer les dommages quand les enfants « auraient pris congé de lui. Mais il ne rendra aucun compte « des revenus de la terre aussi longtemps que les enfants seront « restés auprès de lui. » C'est dans ce cas seul où l'homme coutumier peut avoir tutelle d'enfant, si ce n'est de ses enfants propres, à partir du moment où l'enfant est en état de dire lequel de ses amis il lui plaît mieux choisir (*et ainsi n'a nul hons coustumier bail d'enfant, se n'est son père, ou sa mère, puis il set dire auquel il lui plet miex d'aler de ses amis*).

Le livre de Britton et les *Etablissements* ne sont pas, du reste, les seuls monuments que nous ayons de ces coutumes germaniques, conservées par les légistes de saint Louis. D'après l'ancien droit de Brunswick, si le pupille a douze ans, il faut le consulter, pour lui donner un tuteur [1]. Je possède un manuscrit des coutumes glosées d'Anjou, manuscrit dont une copie très-ancienne est conservée à la Bibliothèque impériale et fort connue des érudits. Ma copie provient de la bibliothèque de Christ. Justel ; elle contient une reproduction abrégée du texte des *Etablis-*

[1] Hein., *Antiq. german.*, III, p. 404.

sements dans les deux chapitres dont la rubrique est : *Quel bail len doit faire d'enfans a gentilhomme et de leurs héritages quant ils demeurent sans père et sans mère;* et *de bail de home coustumier*. Ce dernier chapitre est l'article 137, lui-même, en lettre et en substance. *Les anciens usages d'Anjou* que M. Marnier a publiés en 1853, et qu'il a tirés d'un manuscrit du treizième siècle, coté n° 250-29, au supplément français de la Bibliothèque impériale, contiennent une disposition formelle dans le même sens. On lit au § 4 : *Il est usage que li filz de l'ome cotumer n'a point de bail, anceis s'en put aler auquel que il voudra*. Si l'on recherchait bien, on trouverait des maximes analogues dans un grand nombre de textes primitifs de nos coutumes rédigées. Leur origine germanique ne sera désormais douteuse pour personne; mais nous sommes bien loin de l'*Optio tutoris* de la table de Salpensa. Nous n'y reviendrons plus. Si le livre de Britton était tombé sous la main de M. Laferrière, il n'aurait pas songé au rapprochement qui a saisi son imagination brillante ; retournons donc à Malaga, sans aucune autre préoccupation.

Toutefois, et avant de rentrer en matière, je demande à mes lecteurs la grâce d'écouter le récit de la découverte même de nos bronzes, tel que me l'envoyait de Malaga leur possesseur actuel, le respectable et très-honorable Jorge Loring, le 30 mai 1857. La simplicité de l'histoire ajoute au caractère de vérité qu'on reconnaît, en la lisant, une sorte de conviction de l'authenticité elle-même. D'ailleurs, ce récit aura l'avantage de faire connaître un des hommes qui ont les premiers apprécié l'importance des deux monuments, et dont le nom, par l'effet de sa modestie, est resté dans l'obscurité ; je veux parler de M. Jeller, avocat de Malaga, ami de M. Loring.

« Je crois, me disait M. Loring, dont je reproduis textuellement l'expression originale et française, je crois devoir vous faire le récit des faits qui concoururent à la découverte des tables, pour vous donner la complète conviction que, si elles ne sont pas authentiques, la supercherie ne doit point être attribuée aux personnes qui ont présenté ces monuments aux yeux du monde scientifique.

« Lorsque je vis ces bronzes, pour la première fois, ils venaient d'être découverts dans un ravin, tout près de cette ville,

appelé le *Barranco de los Jesares*. Ce ravin a été formé par la coupe verticale, pendant l'espace de plusieurs siècles, d'une petite colline de pure argile, dont on fabrique toute la poterie que l'on consomme et l'on exporte de Malaga. La hauteur de cette coupe aura maintenant à peu près 20 mètres. Ce fut pendant que les ouvriers enlevaient cette terre, en avançant de 3 ou 4 mètres sur la colline, que les tables apparurent, horizontalement couchées sur de grosses briques, d'une apparence très-ancienne. Elles étaient enclavées dans l'argile, qui recouvrait également, par-dessus, la superficie des tables, formant ainsi une couche imperméable qui les préservait de l'air et de l'humidité ; circonstance à laquelle on doit peut-être leur bonne conservation. Je ne les ai point vues dans cet état ; mais j'ai entendu ce rapport de la bouche même des travailleurs qui en firent la découverte. Il y avait à peine trois jours qu'on les avait tirées de la terre, lorsqu'on me les apporta. Elles conservaient encore une couche épaisse d'argile, et difficilement on pouvait en distinguer l'inscription. Les ouvriers qui en avaient fait la trouvaille les avaient vendues à un fabricant de lampes, qui se préparait à les fondre. Un pur hasard me fit connaître l'événement, et je devins le possesseur de ces bronzes, en renchérissant un peu sur le bénéfice qu'ils auraient rapporté au marchand s'il en avait fait des lampes.

« Il va sans dire que je ne connaissais pas encore le sens des inscriptions. Devant même, à cette époque, m'absenter de Malaga, je priai mon ami, M. Michel Jeller, de vouloir bien me les déchiffrer. Il en comprit de suite la grande valeur, et m'en fit part. Ce fut lui qui, le premier, en traduisit le texte. Il se proposait même d'en publier une notice ; mais ses grandes occupations, et l'importance qu'il voulait donner à ce travail, le lui firent tant retarder, que M. de Berlanga fut à même de finir et d'imprimer son opuscule, avant que lui pût terminer ce qu'il se proposait de publier.

« Si les lois Flaviennes ont quelque mérite, il est juste de constater que le premier qui fit attirer l'attention sur elles, ce fut M. Michel Jeller, avocat distingué de Malaga, dont les connaissances en antiquités et en droit romain sont peu communes.

« Il va sans dire qu'aussitôt que je compris le mérite de ces

tables, je m'empressai de faire tout mon possible pour trouver les autres qui manquaient. Je fis faire des excavations en tout sens; mais, malheureusement, sans le moindre résultat. Je compris seulement, par le rapport de quelques vieux ouvriers, qu'elles ont dû être trouvées dans un temps reculé, et que, n'ayant pas apprécié leur valeur, on les aura probablement fondues.

« La conservation de ces tables est bien loin d'être parfaite. Le bronze en est assez oxydé, et les antiquaires qui les ont vues s'accordent à dire qu'il est impossible de mettre en doute leur authenticité. Dans celle de Malaga, nous découvrîmes des vestiges d'une couverture en toile. Il y en avait quelques fragments dans les concavités du cadre, qui étaient longs de 1 centimètre et larges de 5 millimètres, c'est-à-dire quelques fils réunis. On remarquait aussi, dans d'autres endroits du cadre, ce qui, du reste, existe encore, l'empreinte de la toile sur la rouille.

« Je pars, sous peu, pour Madrid, et j'emporte avec moi la table de Salpensa, pour que MM. les académiciens de l'histoire l'examinent. Celle de Malaga reste ici, pour que M. de Berlanga puisse faire, d'après elle, les corrections nécessaires, au *fac simile* que l'on grave.

« Je profite de cette occasion pour vous faire l'offre la plus sincère de mes services, dans cette ville, et vous prie, monsieur, d'agréer l'assurance de ma plus profonde considération. »

La préoccupation de mon honorable adversaire est telle qu'il voit des preuves du faux là où tout autre moins prévenu trouverait des preuves évidentes d'authenticité. Telle est la circonstance des *duæ tertiæ partes* exigée par les Tables de Malaga et de Salpensa pour le nombre des membres présents (les deux tiers), à la séance de l'*ordo* municipal, lorsqu'il s'agissait d'avis à donner ou de décision à prendre en certaines matières. « Remarquez d'abord, dit M. Asher, la grossièreté de cette *faute grammaticale : duæ tertiæ partes !* » Cette construction vicieuse n'est point *ancienne. La phrase est barbare*, dit-il, *et la locution porte un cachet évidemment moderne*. En vérité, lui répondrai-je, je ne m'attendais guère à rencontrer une pareille objection sous la plume d'un homme aussi exercé dans la connaissance des choses de l'antiquité romaine et de la langue latine. Mon excellent ami M. Laboulaye s'est abstenu d'un pareil

argument. *Duæ tertiæ partes*, une locution barbare et vicieuse, qu'on ne trouverait nulle autre part que sur la Table de Malaga! Mais, mon cher docteur, ouvrez Pline l'Ancien, un contemporain de nos Tables; ouvrez Columelle, un autre auteur du même âge, et, qui mieux est, natif de Gadès, compatriote, par conséquent, du rédacteur Malacitain de la Table discutée; vous y trouverez la locution qui vous effarouche et que vous condamnez comme l'œuvre d'un faussaire ignorant.

Cicéron n'avait-il pas dit, dans ses *Verrines : Ut in actoribus græcis fieri videmus, sæpe illum, qui est secundarum, aut tertiarum partium, etc.?* Pourquoi, prenant les mots dans une autre acception, et plus littérale, Pline aurait-il fait scrupule de dire : *Tertiæ* pour *tertia pars? Miscentur argento tertiæ æris cyprii*[1]; et, dans un autre endroit : *Quibus ex fœdere tertias prædæ romanus populus præstabat*[2]. Ailleurs encore : *Junci radix in tribus heminis aquæ decocta ad tertias, tussi medetur*[3]. Ici Pline n'a point ajouté *partes*, mais le sous-entendu ne modifie pas la correction. *Duæ tertiæ partes*, pour les deux tiers, était donc dans la logique grammaticale du latin, puisque *tertiæ partes*, isolées de *duæ*, auraient signifié le tiers. Varron, l'un des plus grands maîtres de la langue, avait dit : *Aquam ad tertiam partem decoquere*, pour exprimer la réduction, par l'ébullition, au volume du tiers. Columelle, pour rendre la même idée, dit : *Cum ad tertias subsederit coctura*[4]; et ailleurs : PARTES DUÆ TERTIÆ *pedes decem novem, etc.* PARTES TRES QUARTÆ *pedes unum et viginti, etc.*[5]. Appelez Columelle un barbare, ce n'est point mon affaire. Qualifiez de corruption un langage qui s'est moulé sur celui de Cicéron et de Varron, en l'exagérant quelque peu, ce n'est point la question; mais ne taxez pas de faussaire ignorant le rédacteur de la Table de Malaga pour s'être conformé, dans ses expressions, à un usage si bien constaté. Cet ignorant, mon cher docteur, croyez-le bien, en savait long et pour le fond et

[1] Pline, *Hist. nat.*, liv. XXXIII, chap. IX.
[2] Pline, *ibid.*, liv. XXXIV, chap. V.
[3] Pline, *ibid.*, liv. XXI, chap. XVIII. Cf. Facciolati, au mot TERTIUS.
[4] Columelle, liv. XII, chap. XX, Schneider.
[5] Columelle, liv. V, chap. I, même édition de Schneider. Cet exemple n'est pas indiqué par Facciolati.

pour la forme ; et, quand on y regarde un peu de près, il est difficile de le prendre en défaut.

J'arrive au fond lui-même. On avait ignoré, jusqu'au milieu du dix-neuvième siècle, qu'en certains municipes, et les plus considérables, soit en Italie, soit dans les provinces, la présence des deux tiers des membres de l'*ordo* fût exigée pour la validité des délibérations, en quelques matières du moins. Nous savions qu'en d'autres municipes, et dans d'autres cas, la présence d'un *minimum* plus restreint avait suffi. Mais la règle des deux tiers, qui paraît avoir été normale, et remonter probablement à la loi *Julia municipalis*, nous ne la connaissions pas. Pour la première fois l'édit de *Venafrum*, découvert en 1850, est venu nous la révéler [1]. Presqu'en même temps qu'on découvrait ce remarquable monument du temps d'Auguste, en Italie, on trouvait, comme on sait, les fameuses Tables de Malaga (octobre 1851) qui sont du temps de Domitien, et dans celles-ci se trouvait aussi consignée l'obligation de la présence des deux tiers des décurions pour valider, aux cas indiqués, les décisions du sénat municipal. Or, comme il était évident qu'un fabricateur moderne n'avait pu connaître l'édit de Venafrum, enfoui en Italie, pour en composer ses Tables supposées, dans le fond de l'Andalousie, la coïncidence du marbre italien et des bronzes espagnols, en un point si capital et si bien inattendu, n'ajoutait rien à la démonstration de l'authenticité de l'édit de Venafrum, qu'on ne contestait pas, mais corroborait puissamment la preuve de l'authenticité des Tables malacitaines. Cette considération avait frappé les érudits qui soupçonnaient une fabrication moderne ; elle est au nombre des arguments qui ont décidé des conversions, à cet égard.

M. Asher se montre plus récalcitrant. Se réfugiant dans un système qui échappe à l'argumentation que je viens de déduire, il est à son aise dans la supposition que les Tables de Malaga ont été fabriquées au seizième siècle, de 1530 à 1570, dates précises ; et surtout dans l'hypothèse qu'il a imaginée d'une inscription authentique et préexistante, que le fabricateur aurait mise à profit pour son œuvre falsifiée, et qu'il aurait détruite après avoir fait son coup. Que répondre, en effet, à un

[1] Voir le texte, dans Henzen, *Suppl. Orell.*, p. 270.

roman de ce genre ? « Autant est peu douteuse, dit-il, la fausseté des Tables en ce point, autant l'est peu la présence d'un certain nombre de matériaux authentiques dans leur contexte. » A mon tour, je mettrai sous les yeux des lecteurs impartiaux, et dont l'esprit est parfaitement préparé, par l'exposition qui précède, à juger l'objection en connaissance de cause ; je mettrai, dis-je, sous les yeux de mes lecteurs, les trois textes de Venafrum, de Salpensa et de Malaga, et ils prononceront, à coup sûr, avec l'irrésistible sentiment de conviction qui m'anime moi-même, en sens contraire de M. le docteur Asher.

TEXTE extrait de l'édit de Venafrum; incontestable, incontesté, certainement inconnu de tout fabricateur possible des Tables de Malaga.	TABLE DE SALPENSA. ART. 29.	TABLE DE MALAGA. ART 44.
Ex majoris partis decurionum decreto, quod decretum ita factum erit, cum in decurionibus non minus quam duæ partes decurionum aderunt.	*Ex decreto decurionum, quod cum duæ partes decurionum, non minus, adfuerint, factum erit.*	*Ex decurionum conscriptorumque decreto, quod decretum, cum eorum partes tertiæ non minus quam duæ adessent, factum erit.*
Cet édit est du temps d'Auguste, je l'ai dit.	La correction, l'élégance même, y sont irréprochables. M. Asher le reconnaît, « mais, dit-il, le fabricateur s'est servi d'une inscription authentique aujourd'hui perdue. » Où n'irait-on pas avec de pareils arguments?	« Rédaction barbare, dit M. Asher, et à coup sûr inventée au seizième siècle; car qui eût dit, chez les Romains, même en Espagne, *duæ partes tertiæ?* » — Qui l'eût dit? ceux qui parlaient comme Pline et Columelle.

Autre objection qui paraît démonstrative à M. Asher : c'est la coupure de quelques mots dans la gravure des bronzes espagnols. « Cette coupure, dit-il, n'est pas celle de la grammaire latine ; elle est même quelquefois en contradiction manifeste avec la prononciation romaine. Le mot *cognitor*, par exemple, ajoute M. Asher, ne pouvait jamais être coupé par les Romains comme il l'est dans la Table de Malaga, en *cog-nitor*, car *gnoscere* et *noscere* n'étaient que deux manières d'exprimer les mêmes sons. » L'objection est certainement d'un grammairien érudit et sagace, mais que M. Asher me permette de le lui dire, elle est

aussi d'un homme peu familier avec les monuments épigraphiques.

Sans doute, les graveurs instruits devaient pratiquer ce qu'indique le docte *privat-docent* d'Heidelberg, et l'on en trouve la preuve dans quelques monuments choisis. Mais la généralité des graveurs était ignorante et routinière, comme l'est la généralité des peintres d'enseigne, dans nos grandes villes. Vous ne pouvez faire un pas, dans Paris, sans remarquer sur les portes des boutiques d'horribles manquements à l'orthographe ou au bon sens. Il en était de même chez les anciens, où les arts mécaniques n'étaient le plus souvent exercés que par des esclaves ou des mercenaires illettrés. Je montrerais à M. Asher mille exemples de coupures incroyables, et cependant authentiques. Par exemple celles-ci que je prends au hasard : SE-RVUM, au n° 4359 d'Orelli; PO-STERIS, au n° 4361; DI-GNUM, au n° 4359; PE-RACTA, SERVAR-ET, au n° 4040; AES-TIVALIUM, CORRUP-TA, au n° 4043; FABRICENS-IS, BE-LGA, au n° 4079; SACRIFIC-IO, au n° 4120; AR-GENTI, au n° 4432; PATR-ONÆ, au n° 4488; QUADRATUS, au n° 4563; KAL. FE-BRUARIAS; AM-BITUM, au n° 4811; PATRI-AM, au n° 3765; BENI-GNISSIMÆ, au n° 3764; CORNELI-O, au n° 3759; IN A-LIS, au n° 6857, qui est cependant une *honesta missio*, c'est-à-dire un diplôme public. Ces coupures sont-elles justifiées par la grammaire latine? Tous les épigraphistes reconnaîtront que les coupures des mots, sur les inscriptions, sont arbitraires, et presque toujours déterminées par l'espace qui se présentait sous le ciseau du graveur. Avec les arguments de M. Asher, il faudrait tenir pour apocryphes les trois quarts des inscriptions qui nous ont été transmises par l'antiquité.

CH. GIRAUD,
Professeur à la Faculté de droit de Paris.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

HISTOIRE
DU DROIT PRIVÉ GRÉCO-ROMAIN.

(SUITE[1].)

LIVRE II.

DROIT SUCCESSORAL.

TITRE Ier. — DÉLATION DES SUCCESSIONS EN VERTU DE LA LOI.

§ 28. — Introduction.

C'est une nécessité juridique qu'il existe un mode de succession universelle[2] aux biens d'un défunt, parce qu'il est indispensable que les rapports pécuniaires de celui-ci avec des tiers puissent se régler après sa mort. L'idée communiste suivant laquelle l'État est constitué comme héritier universel, s'accorde très-bien avec ce principe; aussi l'ordre des successions, tel qu'il est établi par les législations positives, se fonde, en outre, sur d'autres raisons plus ou moins particulières. C'est sur une base de ce genre que se fondait le droit de succession *ab intestat* dans l'ancienne Rome; et, au moment où celle-ci disparaît, on voit naître la théorie des successions fiscales qui, dans le droit byzantin postérieur, trouva, au moins en partie, une nouvelle extension, un certain développement, quoique avec certaines modifications.

Le droit de la famille constituait la base du droit romain primitif en cette matière. Le chef de famille seul pouvait être

[1] Suite de l'ouvrage de M. Zachariæ, traduit par M. Lauth. Voir *Revue historique*, première partie, t. XI, p. 561 et suiv.

[2] L'expression grecque usitée pour désigner la succession universelle en général, est καθ' ὁμάδα ou εἰς ὁλόκληρον διαδοχή, pour la succession à cause de mort κληρονομία. Pour le sens de *successio*, voir sc. Harm., V, 8, 55. Au surplus, il n'est question dans ce livre que de la succession aux biens d'un homme libre. Nous traiterons de la succession des esclaves et des affranchis, quand nous parlerons du droit des esclaves.

possesseur juridique d'un patrimoine, mais ceux des membres de la famille qui étaient placés sous sa puissance étaient, dans une certaine mesure, considérés avec lui et en lui, comme des co-ayants droit. C'est en vertu de ce principe que ces derniers, en tant qu'ils devenaient eux-mêmes *patresfamilias*, étaient investis directement (*ipso jure*) de leurs parts et portions, lors de la mort du chef de famille.

Lorsque le *paterfamilias* décédait, sans qu'au moment de sa mort il y eût quelqu'un sous sa puissance, on maintenait aussi le principe d'un patrimoine commun, — peut-être en considération des *sacra privata*, — et on l'appliquait à un cercle plus large de la famille, celui des agnats (*cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto*). En dernier lieu, venaient les rejetons de la même souche (*gentiles*).

Tout bien, quel qu'en fût le détenteur viager, quelque illimité que fût le droit de ce détenteur, était considéré néanmoins, dans un sens plus large, comme bien de la famille ou comme bien de la *gens*. Aussi n'était-il jamais question d'hériter au sens propre, mais seulement de *habere familiam*.

Mais, lorsque Rome fut devenue plus puissante et que ses rapports avec l'étranger furent plus fréquents, non-seulement le lien étroit des *gentes* romaines, mais encore celui des vieilles familles se relâcha, l'idée primitive se perdit et l'acquisition du patrimoine possédé jusque-là par un autre actuellement défunt, fut considéré comme une véritable succession à un patrimoine étranger. En même temps le prêteur fit admettre la nouvelle notion, la famille considérée comme une union reposant non-seulement sur la *patria potestas*, mais bien plutôt sur la descendance naturelle, en intercalant les *liberi* parmi les héritiers *siens*, dans le cercle le plus étroit de la famille, et en ouvrant le cercle plus large des agnats, aux cognats d'abord (jusqu'au degré auquel ils étaient considérés comme parents dans le droit civil), et enfin, en dernier lieu, au conjoint (dans ce qu'on appelle le mariage libre).

Enfin, dans le droit de Justinien disparaît la dernière trace de cette idée que la succession est dévolue à la famille, dans l'ordre de ses ramifications plus proches ou plus éloignées. A la place de cette idée, Justinien a établi le principe que la parenté, calculée d'après la proximité du degré, est le titre qui donne droit

à la succession *ab intestat*. Ce n'est qu'en faveur des enfants, parents, frères et sœurs et enfants de frères et sœurs qu'il a introduit différentes exceptions importantes, soit comme se rattachant au droit ancien, soit comme dictées par l'équité, et, en outre, à défaut de parents, il a laissé subsister la délation prétorienne de l'hérédité au conjoint survivant, et enfin, en dernier lieu, la succession du fisc dans les *bona vacantia*. On a résumé les dispositions des novelles 118 et 127 dans les vers suivants :

Descendens omnis succedit in ordine primo :
Ascendens proprior, germanus, filius ejus[1] :
Tunc latere ex uno frater, quoque filius ejus :
Hi cuncti in stirpes succedant, in capita autem
Juncti ascendentes, fratrum proles quoque sola[2].
Denique proximior reliquorum quisque superstes.

§ 29. — Droit de l'Écloga.

On ne voit pas bien comment le fait seul de la parenté, — surtout dans le degré le plus éloigné, et non pas seulement en deçà des limites dans lesquelles on reconnaît un droit réciproque aux aliments, — peut fournir une base solide pour établir un ordre de succession *ab intestat*. On aurait donc pu s'attendre à voir le développement ultérieur du droit, conduire à une réforme fondée sur un autre principe, soit en revenant à l'idée de la copropriété de famille, soit en se rapprochant de cette

[1] Les enfants issus de germains succèdent-ils aussi dans la seconde classe, quand ils ne concourent qu'avec des ascendans ? *Athanas*, IX, 10 et *Anonymi Epit. Nov.* C., 352, décident la question dans le sens de la négative. Par contre, les *Fragm. incerta Nov.* 127 répondent affirmativement (comp. ἀνεκδ. de l'auteur, p. 209, 219). Comp. aussi *Epanag.* XXXIII, sc. d.

[2] Sur la manière de partager, suivant l'opinion des jurisconsultes byzantins, quand il n'y a que des Ἀδελφόπαιδες, comp. *Epanag.*, XXXIII, sc. 1 ; *Epit. ad Proch. mut.*, XXX, sc 28...,. Συνέβη με τελευτῆσαι ἀδιάθετον, καταλιπόντα ἀδελφοῦ προτελευτήσαντος καὶ ἀδελφῆς προτελευτησάσης παῖδας· ἀλλὰ τοῦ μὲν ἀδελφοῦ ἦσαν γ' ἢ δ', τῆς δὲ ἀδελφῆς ἁ ἢ καὶ β'· οὐ δεῖ οὖν λέγειν, ὅτι οἱ ἀπὸ τῆς ἀδελφῆς τὸ ἥμισυ, καὶ οἱ ἀπὸ τοῦ ἀδελφοῦ τὸ ἥμισυ· ἀλλ' ἓν κἀκεῖνο γίνεται ἡ διαίρεσις, καὶ οἱ μὲν ἀπὸ τοῦ ἀδελφοῦ ὄντες δ' τεσσαρας μοίρας λαμβάνουσιν, οἱ δὲ ἀπὸ τῆς ἀλελφῆς ὄντες β' δύο ἕξουσι μέρη. — Πεῖρα XLVIII, 3, 10 ; *Harm.*, V. 8, 15, 16.

autre idée que l'État doit intervenir, en prenant possession des biens du défunt, pour régler les rapports pécuniaires de ce dernier et pourvoir aux besoins de ceux qu'il laisse après lui.

On rencontre dans la novelle des empereurs Justin et Tibère de l'an 574[1], la trace d'une tendance du droit à se développer dans ce dernier sens. Des agents de l'État avaient commencé, dès qu'une personne était décédée, à mettre sa succesion sous scellés, en d'autres termes, à traiter la distribution de toute succession universelle par suite de décès, comme un fait intéressant l'ordre public[2]. Mais les empereurs repoussèrent ces errements, et statuèrent que la succession devait être purement et simplement abandonnée aux héritiers.

Les empereurs Léon et Constantin qui, dans l'Ecloga, avaient resserré l'union des époux entre eux et avec leurs enfants, auraient pu sans difficulté revenir, en suivant la première voie, à une base plus solide du droit de succession *ab intestat*. Mais l'Ecloga n'a fait que quelques pas dans cette voie. En général, elle flotte indécise entre les deux tendances que nous avons signalées plus haut.

D'après l'Ecloga[3], on distingue sept classes dans la succession *ab intestat*.

Dans la *première*, succèdent les descendants, comme dans le droit de Justinien. Nous avons déjà expliqué, au paragraphe 11, comment se modifie la succession des enfants, lorsque le père meurt à la survivance de la mère, et réciproquement : l'Ecloga semble considérer comme une chose tout à fait naturelle que les enfants à l'établissement desquels il a été pourvu, en particulier la fille mariée et dotée, restent exclus de la succession[4].

Dans les classes subséquentes, l'Ecloga s'est encore écartée davantage du droit de Justinien.

Dans la *deuxième* classe, elle appelle le père et la mère du

[1] Coll. I, nov. 8.

[2] Peut-être afin de sauvegarder le droit du fisc sur les *Bona vacantia*. — Au surplus, des entreprises semblables des fonctionnaires avaient déjà été souvent blâmées par Justinien et même dans les temps subséquents. Comp. Coll. IV, nov. 49, 65; Coll. V, nov. 3, 27.

[3] Ecl. VI, 1-6.

[4] Voir sur ce point § 49.

défunt, à l'exclusion des frères et sœurs. Elle insiste particulièrement sur ce point : il est vrai que cette modification du droit de Justinien était déjà dictée par la législation innovatrice relative aux droits des époux quant aux biens (§ 11) ; mais l'Ecloga qui, en général, montre une plus grande pénétration et des vues plus nettes lorsqu'il s'agit de veiller à l'intérêt de la famille, devait considérer comme inadmissible le système du droit de Justinien, d'après lequel les enfants sont appelés concurremment avec les père et mère.

Dans la *troisième* classe, l'Ecloga place les autres ascendants, suivant la proximité du degré, et les frères et sœurs germains.

Dans la *quatrième* se trouvent les frères et sœurs consanguins ou utérins. Il n'est dit nulle part que les enfants des frères et sœurs peuvent se mettre au lieu et place de leur auteur prédécédé, et succéder dans ces deux classes [1].

Dans la *cinquième* classe, on appelle tous les autres parents, suivant la proximité du degré.

Dans la *sixième*, à défaut d'autres parents, la femme succède au mari, mais seulement pour moitié ; l'autre moitié est attribuée au fisc. Chose digne de remarque, l'Ecloga ne dit pas que le mari succède à sa femme dans la même mesure [2].

[2] L'*Ecloga privata aucta*, qui naturellement se rapproche de nouveau davantage du droit de Justinien, admet à la représentation les enfants des frères et sœurs. Tit. VII, c. 3.

[1] Par contre l'*Ecloga privata aucta*, VII, 1, l'enseigne : Εἰ δὲ οὐδεὶς τῶν τοιούτων συγγενῶν περίεστι τῷ τελευτήσαντι, τοτὲ ὁ ἀνὴρ τὴν γυναῖκα καὶ ἡ γυνὴ τὸν ἄνδρα ἐν τελευταίᾳ διαδοχῇ ἐξ ἀδιαθέτου κατὰ τὸ ἥμισυ ἀλλήλους κληρονομείτωσαν, κτλ. De même l'*Ecloga ad Prochiron mutata*, VIII, 7, dit : Ὁμοίως καὶ ὁ ἀνὴρ ἀπὸ τῆς περιουσίας τῆς γυναικὸς κατὰ τὸ ἥμισυ κληρονομείτω. — L'*Ecloga privata aucta*, I, 15, contient, en outre, les dispositions particulières que voici : Εἰ δὲ τοῦ ἀνδρογύνου περιόντος παίδων ὑπαρχόντων προτελευτήσωσιν οἱ ἐγκάτεροι (ἐγγύτεροι? ἑκατέρου?) καὶ μένοντος τοῦ ἀνδρογύνου δεήσει ἕνα τῶν συζύγων λύσεως ἄνευ προτελευτῆσαι συγγενῶν ὑπόντων, εἰς δεύτερον συνοικέσιον τούτου μὴ ἐρχομένου, τὸ ἥμισυ μέρος τῆς τοῦ προτελευτήσαντος ὑποστάσεως ἐπανέρχεσθαι εἰς τὸν συμμένοντα, καὶ τὸ ἕτερον ἥμισυ μέρος εἰς τοὺς πλησιάζοντας συγγενεῖς· ἐὰν δὲ οὐχ ὅπεισιν αὐτῷ συγγενεῖς, τὸ αὐτῶν ἥμισυ μέρος εἰς τὸν δημόσιον ἐπανατρέχειν λόγον· εἰ δὲ ἐνδιαθήκως τελευτήσει, τὴν γενομένην παρ' αὐτοῦ διαθήκην φυλάττεσθαι ἀπαράτρωτον· εἰ δὲ μὴ φυλάξῃ τὸν πρῶτον γάμον, ἀλλ' εἰς ἕτερον περιέλθῃ συνοικέσιον, πρὸς τῇ προικὶ αὐτῆς καὶ ἐξ ἀπαιδίας ὀνόματι κάσου τέταρτον μέρος ἐκ τῆς ἀνδρώας ὑποστάσεως λαμβανεῖν.

Enfin, en *septième* lieu, lorsque le défunt n'a ni parents, ni conjoint survivants, la succession est dévolue au fisc.

D'une part (dans les quatre premières classes) l'Ecloga aboutit par conséquent, dans une certaine mesure, à une démarcation plus profonde de la famille ; mais, d'autre part, elle laisse arriver le fisc dans la sixième classe, quoique ce fût précisément le cas où il y eût le moins lieu de modifier le droit de Justinien, en raison des rapports de communauté qu'elle avait établis entre les époux.

La succession *ab intestat* de l'Ecloga est encore indiquée comme formant le droit usuel dans une novelle de l'an 776-780[1]; mais elle cessa d'être en vigueur vers la fin du neuvième siècle, lors de la restauration du droit de Justinien.

§ 30. — Droit postérieur.

Le Prochiron[2], l'Epanagoge[3] et les Basiliques[4] ont de nouveau sanctionné le droit pur de Justinien.

Plus tard on ne modifia la succession *ab intestat* que dans des points de peu d'importance[5].

L'empereur Léon le Sage statua[6] que la succession d'une personne morte en captivité, sans testament, était dévolue en premier lieu à ses descendants et ascendants, et, à leur défaut, au fisc. Les collatéraux, en ce cas, paraissent avoir été totalement exclus de la succession.

[1] Coll. I, nov. 26. Comp. l'édition de l'auteur, p. 51, note 18.

[2] *Proch.*, XXX, 2-10, 19.

[3] *Epanag.*, XXXIII. Ce sont surtout les scolies de ce titre qui sont remarquables ; dans ce qui précède, nous y avons déjà souvent recouru.

[4] *Basil.*, lib. XLV. Ce livre réunit les livres XXXVIII, 6-17, D ; — VI, 18, 55-62, C ; — nov., 118 (avec interpolations tirées de la novelle 127) ; — et des extraits des novelles 21, 36, 117, 164. On y a laissé de côté tout ce qui est tombé en désuétude.

[5] Si, dans Πεῖρα LIV, 6, il y a un autre ordre de succession, on y donne ce motif que le défunt était un ἐθνικός (c'est-à-dire βαρβαρικοῦ γένους) : on semble donc avoir pris son statut *personnel* pour norme.— Que, dans le Μικρὸν K, 29, les frères et sœurs et leurs enfants passent avant les ascendants, c'est là une inadvertance de l'auteur qui suit pas à pas pour le surplus *Michel Attalensis*.

[6] Coll. II, nov. 40.

Jean Comnène le Grand[1] déclare qu'il existe une vieille coutume (remontant sans doute à l'Écloga[2]) suivant laquelle des filles mariées et dotées ne succèdent pas à leur père décédé intestat, conjointement avec leurs frères et sœurs[3].

Plus importante encore est la modification suivante, contenue presque textuellement[4] dans cette proposition que les parents[5], qui n'appartiennent pas au cercle le plus étroit de la famille, n'ont, à vrai dire, aucun droit fondé à la succession du défunt. Malgré cela, il est étonnant de voir qu'au lieu de songer à faire appréhender cette succession par l'État, on l'avait remise à l'Église, afin que, de cette manière, les biens fussent employés au salut de l'âme du défunt. Ce changement est lié à l'usage de solennités religieuses (μνημοσύνα)[6], telles que la distribution

[1] Coll. IV, nov. 50, Comp., § 49.

[2] Comp., note 4, p. 463.

[3] Il convient de mentionner aussi une novelle d'Alexis Comnène (Coll. IV, nov. 20, c. 2), d'après laquelle celui qui dénonce une succession vacante, en obtient le dixième à titre de récompense; mais il faut, dans ce cas, que la succession soit inventoriée et mise à la disposition de l'empereur.

[4] Comp., Coll. II, nov. 40; Coll. III, nov. 12. Avec cela concorde la proposition suivant laquelle on semble n'avoir réservé un droit successoral aux parents collatéraux que jusqu'au sixième degré. — Coll. III, nov. 8, c. 2; nov. 13, c. 4.

[5] L'auteur désigne ces personnes sous le nom de « *Lachende Erben*, » locution familière pour laquelle il n'existe pas de terme correspondant en français, et sous laquelle on comprend ceux qui, à raison de l'éloignement du degré de parenté et du faible espoir qu'ils avaient de succéder à leur parent, recueillent inopinément et *gaiement* son hérédité.

(*Note du traducteur.*)

[6] Comp. Ducange, v^is Τρίτα. Ἔννατα. Τεσσαρακοστά. Mittermaier, *Krit. Zeitschr.* f. R. W. *des Auslandes*, XII, p. 430. — Πεῖρα, XLI, 10; LXVII, 1. — Pour plus de clarté de ce qui précède, nous citerons encore quelques passages du *Nomokanon* de Manuel Malaxus : Κεφ. ρπή. Περὶ διατὶ μετὰ τὸν θάνατον τοῦ ἀνθρώπου κάμνουν μνημόσυνα εἰς τὰς γ' καὶ θ' καὶ μ'. Νικηφόρου του Ξανθοπούλου. Ὅταν ἀποθάνῃ ὁ ἄνθρωπος καὶ ταφῇ εἰς τὴν μητέρα τοῦ γῆν ἐξ ἧς ἐπλάσθη, τῇ τρίτῃ ἡμέρᾳ ἀρχίζει ἡ ὄψις του νὰ διαλύεται καὶ νὰ γινέται ἀραχνιασμένη καὶ ἀκαλόπιστος· διὰ τοῦτο πειεῦμεν τῇ τρίτῃ ἡμέρᾳ λειτουργίαν δι' αὐτοῦ· τῇ δὲ ἐννάτῃ ἡμέρᾳ ἀρχίζει νὰ χωρίζεται ἡ πλάσις τοῦ σώματος· μόνον ἡ καρδία μένει σῶα· διὰ τοῦτο καὶ ἐν τῇ ἐννάτῃ ἡμέρᾳ γίνεται λειτουργία. εἰς δὲ τὰς τεσσαράκοντα ἡμέρας καὶ αὐτὴ ἡ καρδία λυέται· διὰ τοῦτο γίνεται καὶ αὐτῇ τῇ ἡμέρᾳ λειτουργία. Καὶ ἡ γέννησις του ἀνθρώπου οὕτως γινέται· ἐν τῇ

d'aumônes et les fondations pour le salut de l'âme des personnes défuntes. Depuis longtemps déjà on considérait comme une obligation morale et religieuse de l'héritier l'usage de célébrer la mémoire du défunt par les prières de l'Église et d'autres cérémonies de ce genre. Cette obligation ou charge de l'héritier fut transformée par la loi en un droit de succession attribué aux églises et couvents pour un tiers des biens, destiné soit à couvrir les frais du service funèbre ou de la distribution d'aumônes, soit même à enrichir purement et simplement l'établissement religieux.

La première trace d'une semblable disposition se trouve dans une Novelle de l'empereur Léon le Sage[1] : lorsque le fisc succède à un individu mort en captivité, le tiers de sa succession est mis à part, εἰς τὴν ὑπερ ψυχῆς διανομὴν. Mais déjà Constantin Porphyrogénète statue d'une manière générale[2] que, dans le cas où quelqu'un meurt sans testament et sans enfants, le tiers de sa succession doit revenir τῷ θεῷ ὑπὲρ τῆς τοῦ τελευτῶντος ψυχῆς,

κοιλία τῆς μήτρος αὐτοῦ τῇ τρίτῃ ἡμέρᾳ ζωγραφεῖται ἡ καρδία, εἰς δὲ τὰς ἐννέα πήγνυται ἡ σάρξ, καὶ εἰς τὰς τεσσαράκοντα διατυποῦται τὸ βρέφος εἰς τελείαν ὄψιν. — Κεφ. ρ'. Περὶ ποίας ἡμέρας τοῦ χρόνου δὲν γίνονται μνημόσυνα. Νικηφόρου Κωνσταντινουπολέως. Ἤξευρε περὶ τῶν μνημοσύνων ποτὲ ἀργοῦσι καὶ δὲν γίνονται· τὸ δωδεκαήμερον, τὴν πρώτην ἑβδομάδα τῆς ἁγίας καὶ μεγάλης τεσσαρακοστῆς, τὴν μεγάλην ἑβδομάδα τῆς διακαινησίμου, τὰς κυριακὰς, καὶ τὰς δεσποτικὰς ἑορτὰς μνημόσυνα δὲν γίνονται, ἤτοι κόλυβα καὶ τρισάγια, τὰ ὁποῖα γίνονται παῤῥησία δία τοὺς ἀποθαμένους· τὸν δὲ ἐπίλοιπον χρόνον μνημονεύονται οἱ χριστιανοί· τὸ δὲ νὰ μνημονεύωνται μυστικῶς οἱ κεκοιμημένοι, οὐδὲ τὴν λαμπρὰν δεν ἐμποδίζει ὁ κανών. — Τοῦ αὐτοῦ νικηφόρου κανὼν ἰ. Δεῖ δὲ ἀπὸ τοῦ ἀντιπάσχα ἐπιτελεῖν τὰ τεσσαρακοστὰ τῶν κεκοιμημένων, καὶ ἕως τριῶν ἀθρῴπων ὁμοῦ τελεῖν τὰ τεσσαρακοστὰ, καὶ μίαν προσκομίζειν προσφορὰν, καὶ οὐκ ἐστὶν ἁμαρτία.

[1] Coll. II, nov. 40. — Voir cependant Coll. I, nov. 26, c. 1, 2, où l'on trouve déjà une attribution d'une quote part de l'hérédité aux pauvres.

[2] Coll. III, nov. 12. Le contenu de cette novelle est indiqué par *Michel Psellus* (dans le supplément que Witte a publié dans Heimbach's Ἀνέκδοτα, II. p. 264) et par *Balsamon ad c.* 81 *syn. Carth.* (Éd. Rhalli et Potli, III, p, 507). Dans Coll. III, nov. 13. c. 5, on ne laisse échoir un tiers ὑπὲρ λύτρου τῶν ἁμαρτιῶν aux ἐν χριστῷ ἀδελφοῖς, que lorsque le fisc succède en l'absence de tous autres héritiers. Comp. l'édition de l'auteur, p. 280, note 1.

et les deux autres tiers seulement aux parents ou, à leur défaut, au fisc.

C'est ainsi que la Πεῖρα[1] admet aussi cet abandon du tiers εἰς ψυχικόν, lorsque des parents collatéraux viennent à l'hérédité, quoiqu'elle invoque la coutume et non pas la Novelle précitée. C'est aussi de la Πεῖρα qu'Harménopule l'a tiré[2].

Cette succession des églises et des couvents pour cause de μνημόσυνα est de nouveau mentionnée dans la décision (également célèbre sous d'autres rapports) d'un synode tenu en 1305, sous le patriarche Athanase, décision qui fut érigée en loi dans le courant de l'année suivante par l'empereur Andronic Paléologue[3]. Cette décision est ainsi conçue (c. 1er) :

« Dans le cas où un mari ou une femme meurt sans enfants, le survivant ne doit pas être dépouillé de toute la succession, pour la prestation d'ἀδιωτίκιον[4], soit par les agents du fisc, soit par les églises ou couvents dont le défunt était paroissien[5]; mais le tiers de la succession doit être donné τῇ δεσποτείᾳ, c'est-à-dire au seigneur de la terre du paroissien, l'autre tiers τῷ ἀπελθόντι, c'est-à-dire pour le salut de l'âme du défunt; enfin le dernier tiers au conjoint survivant. Dans le cas où celui-ci est décédé à son tour[6], cette dernière portion doit être attribuée au père ou à la mère, ou au frère[7], ou enfin à toute autre personne ayant un droit légitime à faire valoir sur la succession. Dans le cas enfin où le défunt ne laisse aucun héritier de la catégorie de ceux que nous venons d'indiquer, la moitié de l'hérédité revient

[1] Πεῖρα, XIV, 6; XLVIII, 1, 11; LIV, 10. Ce dernier passage renvoie à ce qui a trait aux dispositions de dernière volonté usuelles en pareille matière.

[2] Harm. I, 18, 22; V, 8, 78.

[3] Coll. V, nov. 26. Heimbach, dans son édition d'Harménopule, p. XXI et suiv., a publié un épitomé ou περίληψις de cette décision synodale, qui se trouve dans un grand nombre de manuscrits.

[4] Le texte porte : .... ἀδίωτον, ὡς ἐστι καὶ ἁρμοζόντως κοινολεκτούμενον. — L'Épitomé dit : καθὰ καὶ ἀδιωτίκιον ἁρμοζοντως ἐκάλεσαν. L'ἀδιωτίκιον est mentionné parmi les charges du paroissien. — Coll. V, nov. 44.

[5] L'Épitomé dit : οὐ παρά τῶν εἰς παροικίαν ἐχόντων αὐτοὺς ἢ καὶ ἐκκλησιῶν καὶ μονῶν.

[6] Dans Blastarès et Harménopule, il est dit : « Lorsque le survivant décède. » Tandis que nous interprétons le texte ainsi : lorsque, lors de la mort du mari ou de la femme, il n'existe pas de conjoint survivant.

[7] Dans le texte, on trouve ὁμαίμονι, dans l'Épitomé ἀδελφῷ.

au seigneur de la terre[1] et l'autre moitié est employée pour μνημόσυνα du défunt. »

Il est dit ensuite (c. 4) :

« Cette loi doit cesser d'avoir son effet, dans le cas où le mari ou la femme meurt à la survivance d'un enfant, et où ce dernier décède également[2]. Dans ce cas, le survivant recueille toute la succession paternelle ou maternelle de l'enfant, et les parents du défunt mari ou de la défunte femme sont spoliés injustement des biens de leur enfant en même temps qu'affligés de sa perte : aussi le premier tiers de ses biens doit être employé à des μνημόσυνα, le second tiers doit être donné aux parents et le reste au conjoint survivant. »

Ces deux décisions — dont la première concerne la succession spéciale des biens d'un paroissien[3], la seconde, le droit de succession en général, confirmées toutes deux par décision impériale — ont acquis force de loi et sont, pour ce motif, rapportées en extrait par Blastarès, Harménopule et Malaxus[4].

§ 31. — Dernier état de la législation.

En ce qui touche le droit des successions *ab intestat* actuel, dans les pays de droit grec, le Code moldave[5] est presque entièrement conforme au droit byzantin que nous avons exposé plus haut. Il appelle à l'hérédité les parents d'après les quatre classes admises par Justinien, ensuite le mari et la femme, puis, en place du fisc, « τοὺς κοινοὺς οἴκους, ἤτοι τὰ Σχολεῖα, τὰ Νοσοκομεῖα, τὰ Ὀρφανοτροφεῖα, τὸ Κουτίον τῶν ἐλεῶν καὶ τὰ λοιπὰ κοινωφελῆ ἔργα. » Il impose tout particulièrement aux héritiers

[1] Suivant l'Épitomé τῇ δεσποτείᾳ, suivant le texte τῷ δημοσίῳ.

[2] Selon le Code moldave, § 941 : « Avant l'âge de quatorze ou de douze ans. »

[3] Il est évident que la première décision ne se rapporte qu'à l'ἀθεωτόκιον réclamé par le seigneur de la terre, au moment du décès d'un paroissien. Chez Malaxus, cet enchaînement d'idées est quelque peu effacé ; les seigneurs de la terre y sont désignés comme οἱ τὰ δημόσια διενεργοῦντες ou ἐκεῖνοι ὁποῦ τοὺς ἔχουν εἰς τὰς ἐπαρχίας αὐτῶν.

[4] Matth. Blast. K. 12 ; Harm., V, 8, 9, 95 ; Malax., c. 205 (ἡέμις, VII, p. 219 et suiv.).

[5] § 912-964.

l'obligation de faire des μνημόσυνα pour le défunt[1]; il fixe à cet effet une certaine quotité de biens, soit le quart, soit le tiers[2], et rappelle, avec de légères modifications, les dispositions du c. 4 de la Novelle d'Andronic Paléologue[3].

Les dispositions du Code valaque[4] en cette matière sont également fondées, en général, sur le droit byzantin et notamment sur la Novelle précitée[5]. Elles offrent néanmoins plusieurs particularités remarquables[6], qui paraissent dériver, en partie, du droit coutumier valaque ; une autre partie rappelle le droit de l'Ecloga ; le reste vient du droit byzantin mal compris. Les parents ne sont appelés à l'hérédité que jusqu'au huitième degré[7]; la descendance masculine a la préférence sur les héritiers du sexe féminin[8], surtout relativement au Καμίνι, c'est-à-dire au domaine d'où la famille a tiré son nom patronymique. Pour le surplus, la succession est dévolue d'après sept classes : Au premier rang sont placés les descendants. — Dans la seconde classe figurent les ascendants en général. — Dans la troisième, les frères et sœurs germains et leurs enfants. — Dans la quatrième, les frères et sœurs consanguins ou utérins et leurs enfants. — Dans la cinquième, les autres collatéraux. — Dans la sixième, le conjoint survivant. — Enfin dans la dernière, τὸ κουτὶ τῶν ἐλεῶν. Quand, en cette matière, le Code valaque, à l'exemple du Code moldave, attribue la succession, à défaut d'autres héritiers, non pas au fisc, mais à des institutions pieuses, ce n'est

[1] § 964.

[2] § 945, 962.

[3] § 941.

[4] Τμ. δ' κεφ. γ', § 14-24.

[5] Comp., Τμ. δ' κεφ. γ' § 17, ιά et § 18, γ'.

[6] Comp., Mittermaier, *Krit, Zeitschr.*, f. d. R. W. *des Ausl.*, XII, p. 430.

[7] L'idée d'une restriction des successions collatérales semble avoir été quelquefois entrevue par les jurisconsultes byzantins : Comp , plus haut, note 4, p. 466.— La Πεῖρα, XLVIII, 6 ; XLIX, 30 ; LIV, 9 (et Harm., V, 8, 17 qui en est extrait), fait en conséquence ressortir qu'un collatéral au huitième degré peut aussi succéder. Il reste à savoir si les rédacteurs du Code valaque ont eu cette idée en vue, en présence de la disposition ci-dessus rapportée, ou si peut-être ils ont songé à la prohibition de mariage pour cause de parenté μεχρὶ τὸν ν' βαθμόν.

[8] Les filles dotées ne sont pas appelées à la succession, non plus que celles qui ne le sont pas encore ; mais celles-ci sont ensuite dotées par leurs frères.

autre idée que l'État doit intervenir, en prenant possession des biens du défunt, pour régler les rapports pécuniaires de ce dernier et pourvoir aux besoins de ceux qu'il laisse après lui.

On rencontre dans la novelle des empereurs Justin et Tibère de l'an 574[1], la trace d'une tendance du droit à se développer dans ce dernier sens. Des agents de l'État avaient commencé, dès qu'une personne était décédée, à mettre sa succesion sous scellés, en d'autres termes, à traiter la distribution de toute succession universelle par suite de décès, comme un fait intéressant l'ordre public[2]. Mais les empereurs repoussèrent ces errements, et statuèrent que la succession devait être purement et simplement abandonnée aux héritiers.

Les empereurs Léon et Constantin qui, dans l'Ecloga, avaient resserré l'union des époux entre eux et avec leurs enfants, auraient pu sans difficulté revenir, en suivant la première voie, à une base plus solide du droit de succession *ab intestat*. Mais l'Ecloga n'a fait que quelques pas dans cette voie. En général, elle flotte indécise entre les deux tendances que nous avons signalées plus haut.

D'après l'Ecloga[3], on distingue sept classes dans la succession *ab intestat*.

Dans la *première*, succèdent les descendants, comme dans le droit de Justinien. Nous avons déjà expliqué, au paragraphe 11, comment se modifie la succession des enfants, lorsque le père meurt à la survivance de la mère, et réciproquement : l'Ecloga semble considérer comme une chose tout à fait naturelle que les enfants à l'établissement desquels il a été pourvu, en particulier la fille mariée et dotée, restent exclus de la succession[4].

Dans les classes subséquentes, l'Ecloga s'est encore écartée davantage du droit de Justinien.

Dans la *deuxième* classe, elle appelle le père et la mère du

[1] Coll. I, nov. 8.

[2] Peut-être afin de sauvegarder le droit du fisc sur les *Bona vacantia*. — Au surplus, des entreprises semblables des fonctionnaires avaient déjà été souvent blâmées par Justinien et même dans les temps subséquents. Comp. Coll. IV, nov. 49, 65; Coll. V, nov. 3, 27.

[3] Ecl. VI, 1-6.

[4] Voir sur ce point § 49.

quel le patrimoine d'une personne forme en quelque sorte un bien *familial* et revient nécessairement, lors du décès de cette personne, à la famille, il était logique de reconnaître au chef de famille la libre disposition de ses biens, à titre de libéralités entre vifs; mais on ne comprend pas que l'on ait attribué à tout possesseur d'un patrimoine le droit d'en disposer à cause de mort, c'est-à-dire pour le temps où sa puissance sur la famille aura cessé d'exister.

A la vérité, dans l'ancien droit romain on ne trouve rien d'où l'on puisse induire qu'il fût possible, soit de régler sa succession par contrat, soit de disposer librement des biens qu'elle doit comprendre, au moyen d'un testament. Tout au contraire, il n'était permis d'apporter de dérogation à l'ordre légal des successions que par une loi spéciale : car c'est une loi, lorsque, *calatis comitiis*, ou bien *in procinctu*, on fait un testament. De là, le fait de tester est encore désigné — dans la loi des Douze Tables[1] — sous le nom de *legare*, c'est-à-dire faire une loi; de là encore la *detestatio sacrorum* et l'*exheredatio*[2]; de là tant de restrictions de la *testamenti factio;* de là enfin le style (essentiellement propre aux lois) que l'on rencontre dans les testaments romains.

Lorsqu'il n'était pas possible de *legare* ainsi, on employa plus tard un détour. On reconnut à toute personne qui, sans être soumise à une puissance étrangère, possédait un patrimoine et était en droit d'en disposer librement, le droit de transférer la *familia*, par la mancipation, à un ami[3], aux fins de la faire partager après son décès. C'est ainsi que prit nais-

ployées, par ex. : τελευταία βούλησις, ou διατύπωσις, ou διαταγή, ou διάταξις. C'est ainsi que par διάταξις τοῦ πατρικίου, dans Πεῖρα, II, 4 et XLIII, 11, on désigne le testament d'un patricien.

[1] Ulp., XI, 14 : *Uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto.*

[2] Gellius, VI, 12; XV, 27. Il était indispensable que l'on supprimât formellement l'ancien lien de famille existant, pour exclure la succession légitime et la remplacer par une succession spéciale. C'est, sans doute, à cela qu'a trait la règle : « *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.* » Chaque testament renfermant la dissolution du lien de la famille, on ne pouvait plus succéder *ab intestato* à raison de ce même lien.

[3] Celui-ci était *heredis loco*, suivant Gaïus, II, 103, 105; selon Théophile, II, 10, 1, διάδοχος ou κληρονόμος.

sance le *testamentum per æs et libram*, appelé *testamentum* à cause de la *testatio* qui avait lieu au moment de la mancipation. Sans doute, la validité d'un semblable testament a dû être exposée dans les premiers temps à de grands doutes, et il serait possible que ces doutes aient été pour quelque chose dans la naissance de l'*inofficiosi querela*.

Quoi qu'il en soit, tout ce qui s'était ainsi introduit par l'usage paraît avoir été sanctionné plus tard par une *lex publica*[1], à quelques modifications près. Dans cette forme modifiée du *testamentum per æs et libram*, la mancipation au *familiæ emptor* n'était plus qu'une simple formalité, tandis que la déclaration verbale du testateur, ou les *tabulæ* montrées au *familiæ emptor*, au *libripens* et aux cinq témoins, et scellées par eux, contenaient l'institution d'héritier proprement dite et l'expression complète de la dernière volonté du *de cujus*.

En dernier lieu, le préteur promit de donner la *bonorum possessio secundum tabulas*, lorsque le testament était *septem signis testium signatum*, même à défaut de toutes autres formalités.

C'est de la sorte que ce qui était l'exception, dans l'ancien droit, devint la règle, bien que certaines dispositions particulières de cet ancien droit, malgré la contradiction qui existait parfois entre elles et les principes nouveaux, aient conservé pendant longtemps encore toute leur force. La règle était que chacun pouvait disposer par testament de ses biens, à la condition qu'il employât certaines formes spéciales, jugées nécessaires afin d'empêcher toute incertitude ou falsification[2].

On comprend aisément que le droit romain ait dû arriver à cette règle, du moment où disparut la notion de l'unité de la famille pour faire place à l'indépendance absolue de la personne; et cela d'autant plus que le droit de succession *ab intestat* fut fondé peu à peu, non pas sur un principe solide, mais sur les considérations vacillantes d'une équité naturelle et générale, si bien qu'un bon père de famille pouvait considérer comme un

[1] Gaïus, II, 104 : « *Secundum legem publicam.* » Cic. in Verr., I, 43 : « *Non minus multis signis, quam e lege oporteat.* »

[2] *Théophil.*, II, 10, 4 : Πᾶσα δὲ ἡ τοιαύτη παραφυλακὴ διὰ τὸ κακουργίας πάσης ἀπηλλάχθαι τὴν τῶν διαθηκῶν ποίησιν καὶ παντὸς αὐτὰς καθαρεύειν δόλου. Cf. *Proch.*, XXI, 4; *Epan.*, XXIX, 4; *Harménop.*, V, 1, 4.

devoir le soin de régler par testament le partage de son patrimoine après sa mort.

Tout principe tend à produire pleinement ses conséquences. La règle que nous venons de rappeler devait donc conduire à une liberté de plus en plus grande des dispositions par acte de dernière volonté. On se tromperait cependant si l'on voulait conclure de là que le droit byzantin, dans son développement progressif, aurait dû aboutir à la reconnaissance des pactes héréditaires; car précisément la liberté absolue de l'individu, qui conduisait à favoriser les testaments, s'opposait à l'admission des pactes héréditaires, par lesquels on se lie pour l'avenir [1]. On remarque au contraire dans le droit byzantin une certaine faveur pour les dispositions de dernière volonté, faveur qui se révèle soit dans l'extension de la *testamenti factio*, soit dans la simplification des formalités prescrites.

§ 33. — Du droit de tester.

L'*Ecloga privata aucta* [2] renferme un passage d'après lequel la personne qui dispose de ses biens en faveur d'un tiers et non d'un parent, ne peut lui donner par testament que la moitié, l'autre moitié étant attribuée au fisc. On ne sait pas d'où cette disposition est tirée, ni pour quelle province elle a été édictée. Dans tous les cas, on n'en trouve nulle trace dans le reste du droit byzantin [3].

Bien plus, on rencontre ici la tendance à accorder le droit de tester à certaines personnes auxquelles la législation de Justinien ne le reconnaissait pas.

[1] Peut-être est-ce là, au fond, le motif pour lequel le droit romain qui, dans le testament primitif par mancipation, avait effleuré de si près une *successio pactitia*, considérait comme contraire aux bonnes mœurs (!) une *stipulatio de futura successione*. Le droit byzantin reste fidèle à cette manière de voir. *Basil*, XXIX, 5, 35. Comp., *Basil*, XI, 1, 80, 91 (sc. Théod.); XLIII, 6, 4; *Epan.*, XXXIII, 23; Harm., I, 9, 14 (sc.), 19, 20, 24.— Dans la novelle 19, Léon admettait une exception unique (*contra*, l. 15, C. *De pactis*; *Basil*, XI, 1, 76). Une interprétation de cette novelle est donnée par la *Scolie* 2 *in Basil*, édition Heimbach, I, p. 658; elle a été rendue d'une manière tout à fait inintelligible dans la Πεῖρα, XLV, 11.

[2] Tit. VII, c. 1; Comp. l'édition de l'*Ecloga*, par l'auteur, p. 6.

[3] Le passage de l'*Ecloga* dont il s'agit n'a été reproduit que par l'*Ecloga ad Proch. mutata*, VIII, 8.

C'est ainsi que nous avons déjà fait remarquer, au paragraphe 20, qu'il semble que les us et coutumes aient reconnu, par extension, aux ὑπεξούσιοις, un droit de tester[1]. L'Epanagoge[2] admet même que l'ὑπεξούσιος, avec le consentement de son père, peut tester, et que le testament est valable, si le père n'a pas changé de volonté jusqu'au jour de la mort de l'enfant.

C'est ainsi que l'Épanagoge[3] dit encore que celui qui a été déclaré judiciairement prodigue (ἄσωτος), peut tester valablement, en tant qu'il veut faire quelque disposition pour le salut de son âme, à l'approche de la mort. L'empereur Léon le Sage, dans la Novelle 39, a décidé d'une manière plus générale que l'ἄσωτος est autorisé à disposer par acte de dernière volonté en faveur des siens, ou des pauvres, ou des esclaves affranchis. Enfin, dans la Novelle 40[4], non-seulement il reconnaît aux prisonniers de guerre le droit de tester, en général, mais encore il leur permet de le faire avec des formalités moins rigoureuses[5].

CHAPITRE I.

DE LA FORME DES TESTAMENTS.

§ 34. — Forme ordinaire.

La forme ordinaire du testament consistait, d'après le droit de Justinien, en ceci : Le testateur, par un acte unique, déclarait oralement sa dernière volonté en présence de sept témoins, ou

[1] C'est ainsi que l'*Ecl. priv. auct.*, tit. VI, *in. f.*, dit aussi : « Οἱ δὲ ὑπεξούσιοι ἐπὶ τοῖς ἀπὸ κληρονομίας ἀδελφοῦ περιαχθεῖσιν εἰς αὐτοὺς πράγμασι διατίθεσθαι δύνανται. » Comp. *Ecl.*, XVI, 5, note 75; *Basil.*, XXXV, 1, 7 sc.; Πεῖρα, I, 7; Harm., V, 2, 7; Malaxus, C. 218, (Θέμις VII. p. 228.)

[2] *Epan.* XXX, 1.

[3] *Epan.* XXX, 5. Ce passage se retrouve dans une scolie sur Harm., V, 1, 15. Le Code moldave, § 726, se prononce dans le même sens.

[4] Un scoliaste fait observer au sujet de cette novelle qu'elle est ἄδεκτος, mais elle est indiquée par Harm. V, 1, 19, comme étant en vigueur.

[5] L'esclave, affranchi par testament par son maître, peut tester valablement, selon la novelle 37 de Léon, bien qu'il ignore et le testament et la mort de son maître (*contrà*, l. 14, 15. D., *De testam.*; *Basil*, XXXV. 1, 16; Harm., V, 1, 13). — Voir d'autres développements donnés à la *testamenti factio* dans Coll. II, nov. 5, 38.

produisait devant les sept témoins un écrit comme étant son testament, le signait en leur présence, et le faisait signer et sceller par eux. Lorsque le testateur ne sait pas écrire, il est tenu de s'adjoindre un *subscriptor*[1].

Tandis que les plus anciennes formes du testament romain étaient forcément données par le mode de leur origine, la forme du testament sous Justinien ne reposait que sur une base historique et non sur une base logique. Aussi, l'on comprend sans peine que tantôt par la loi, tantôt par l'usage, certains changements aient été apportés aux formalités exigées.

En ce qui concerne la formalité de l'unité de l'opération[2], quant au lieu et au temps, on l'a constamment maintenue. Mais quant au nombre des témoins, on semble avoir de bonne heure cédé à la συνήθεια[3], et n'avoir exigé que cinq témoins. L'Ecloga[4] déclare que cinq témoins suffisent dans le cas où l'on ne peut pas en réunir sept. De même, le Prochiron[5] estime que cinq et non sept témoins suffisent en général pour la validité du testament. Enfin, dans les Basiliques[6], le nombre cinq est partout substitué au nombre sept, et l'empereur Léon confirme ce changement dans la Novelle 41. Ces dispositions se trouvent reproduites dans les livres de droit plus récents[7].

Le droit byzantin postérieur[8] exige également la signature et

[1] Les souscripteurs pour d'autres que le testateur s'appellent χειρόχρηστοι, *Ecl.*, V, 2; Coll. I, nov. 27, c. 2.

[2] Comp. *Ecl.*, V, 2 : « Ἐν ἑνὶ καὶ τῷ αὐτῷ καιρῷ »; *Proch.*, XXI, 4 : « Μιᾷ ὑφῇ συναπτῶς »; *Epan.*, XXIX, 4; *Harm.*, V, 1, 4; Πεῖρα, XIV, 24, — Comp. *Basil*, XXXV, 2, 7 sur l'exception admise en cas de peste.

[3] Comp., *Enantiophanes ad Basil.*, XLV, 1, 3. Les jurisconsultes se basent sur l. 9, 31 C. *De testamentis*, pour soutenir qu'il y a lieu de reconnaître une semblable συνήθεια. Comp., *Basil*, édition Heimb., III, p. 545, 549. — Voir l'édition de l'auteur, p. 69, sur le passage des ῥοπαί. Au surplus, il est aussi question de cinq témoins dans la glosse de Turin sur les Institutes. — Savigny, *Gesch. des R. Rechts im mittelalter*, II, p. 448.

[4] *Ecl.*, V, 4. Lorsque l'*Ecloga* déclare que la présence de trois témoins est suffisante, elle a en vue les habitants de la campagne. Comp., § 35. Au surplus, une novelle d'Irène (coll. I, nov. 27) considère le système de l'*Ecloga* comme ayant force de loi.

[5] *Proch.*, XXI, 15 (*Epanag.*, XXIX, 8, 16).

[6] Comp., *Basil*, XXXV, 1, 24; 2.22.

[7] Par ex., Harm. V, 1, 35.

[8] *Ecl.*, V, 2; *Proch.*, XXI, 4 et suiv.; *Epan.*, XXIX, 4 et suiv.; *Basil*, XXXV, 1, *passim*; *Harm.* V, 1, 4.

les sceaux des témoins, pour un testament écrit. Toutefois, tandis que, suivant Justinien, dans le cas où un testament écrit avait été projeté, ce testament était nul à défaut de signatures et de sceaux, l'empereur Léon le Sage a statué, dans la Novelle 42[1] qu'il est valable, pourvu que les témoins déclarent que l'acte dont il s'agissait, était le testament du défunt[2].

Justinien avait ordonné, dans la l. 29 C. *de testamentis* que, dans le testament écrit, le nom des héritiers fût écrit de la propre main du testateur, ou qu'il fût dicté aux témoins et annoté par ceux-ci, lors de la *subscriptio*. Plus tard, dans la Novelle 119, cette modification fut elle-même abrogée. Mais ni l'Ecloga, ni le Prochiron et l'Epanagoge[3] ne tiennent compte de cette abrogation : l'Ecloga semble même avoir interprété la Novelle précitée en ce sens, que le testateur a aussi la faculté de faire écrire le nom des héritiers par un χειρόχρηστος[4]. Le Prochiron reproduit le texte de la loi 29. C. *cit.* d'après la citation incomplète de Théophile[5], et les livres de droit postérieurs reproduisent pour la plupart le passage du Prochiron[6].

§ 35. — Formes particulières.

A côté de la forme ordinaire du testament, il y a encore, dans le droit de Justinien, des formes exceptionnelles. Parmi ces dernières, il convient de ranger :

1° Le *testamentum principi vel judici oblatum*, l. 19, C. *De*

[1] Cette novelle avait sans doute une certaine affinité avec ce que le scoliaste de l'*Epanagoge* (tit. XXXII, sc. f.) a indiqué.

[2] Harm. V, 1, 6.

[3] *Ecl.*, V, 2; *Proch.*, XXI, 4; *Epan.*, XXIX, 4; on ignore quel est sur ce point le droit des Basiliques; Comp., *Basil.*, édition Heimb., III, p. 548, note w.

[4] Comp., note 1, p. 476.

[5] Théoph., II, 10, 4. — Comp. aussi *Proch.*, XXV, 5.

[6] Ainsi, par ex. : Harm. V, 1, 4. — Comparez, en ce qui concerne les testaments mystiques (dont le contenu était inconnu aux témoins), et la théorie qui s'y rattache sur les testaments des femmes, des personnes illettrées et des aveugles : *Ecl.*, V, 2; *Proch.*, XXI, 9, 15; *Epan.*, XXIX, 10, 16, *Basil.*, XXXV, 2, 16; 3, 8; Coll. II, nov. 69; *Harm.*, V, 1, 20-22, 35. *Mich. Attal.*, tit. XXIII (*Leunclavio*, 32); Μικρὸν, M. 35.

testamentis[1]. Ce passage est inséré dans les Basiliques[2], mais comme le texte original est perdu, il est tout au moins douteux[3], d'après la teneur de l'extrait fourni par *Tipucitus*, que le testament judiciaire soit resté en vigueur. Dans l'Ecloga, le Prochiron et l'Epanagoge, il s'en trouve aussi peu de traces que dans la Πεῖρα, Harménopule et les autres livres de droit ; et quand on a cru trouver une confirmation de ce testament dans une Novelle[4] de Léon, on a oublié de remarquer que celle-ci se rapporte plutôt à l'ouverture des testaments.

2° Le *testamentum militis*. — Il n'est pas davantage fait mention des testaments des soldats dans les trois recueils impériaux[5]. Mais dans les Basiliques, le livre XXXV, titre XXI, en parle, et *Psellus* et *Harménopule* y font allusion[6]. Les priviléges des soldats avaient été, par analogie, accordés à ceux qui, sans être militaires, se trouvaient passagèrement sur le champ de bataille et y perdaient la vie[7]. Dans l'Ecloga[8], cette extension est confirmée, sauf quelques modifications qui y furent apportées. Suivant elle, ὁ ἐν πολέμῳ πληγείς, c'est-à-dire celui qui est blessé pendant la guerre (et qui n'est pas soldat) et ὁ ἐν ὁδῷ[9] περιπα-

[1] Comp. les Ἀνέκδοτα de l'auteur, p. 181. Les Grecs interprètent la loi 18. C., *ibid.*, plus sainement en l'appliquant non à la confection, mais à l'ouverture d'un testament.

[2] *Basil.*, XXXV, 2, 15.

[3] Il est d'autant moins douteux que l'on considérait comme constamment valable le cas d'un *testamentum principi oblatum*, que les empereurs, dans leur omnipotence, ont même confirmé des actes de dernière volonté imparfaits. Coll. IV, nov. 17, 19.

[4] Coll. II, nov. 44. Comp. § 37, Coll. II, nov. 41. On indique, au commencement de cette dernière, qu'à cette époque les testaments faits hors la présence de témoins, tels que les testaments judiciaires, étaient inconnus. Il convient de mentionner un passage de l'*Epitome ad Proch. mut.*, XXII, 23 : Ὅτι καὶ οἱ ἄρχοντες καὶ οἱ στρατηγοὶ χρεωστοῦσι τοὺς κατὰ χώραν μάρτυρας καὶ σφραγιστὰς παραπέμπειν τοῖς μέλλουσι διατίθεσθαι.

[5] Sans doute, par la raison que ces recueils étaient principalement destinés à reproduire le droit commun dans ses dispositions les plus générales. Voir cependant *Ecl.*, XVI, 1.

[6] *Psellus.*, V, 240 ; *Harm.* V, 1, 37, 38.

[7] L. 44, D. *De test. mil.* « Si in hostico deprehendantur, ut illic decedant. »

[8] *Ecl.*, V, 8.

[9] P. Faber a voulu changer ces mots en ceux de : ἐν ὁστίκῳ : Comp., Ὁ πρόχ. νόμος, p. 128, note 45. Les manuscrits sont tous contraires à cette

τῶν, c'est-à-dire celui qui se trouve en voyage, peuvent, lorsqu'ils sentent leur fin approcher, tester devant trois ou deux témoins dignes de foi. Cette disposition a ensuite passé dans le Prochiron [1], et de là, dans les Basiliques [2], et se trouve dans la plupart des livres de droit [3].

3° Le *testamentum ruri conditum*. — Pour venir en aide à ceux qui résident à la campagne, et qui veulent y faire leur testament, Justinien, dans la loi 31, C. *De testamentis* [4], avait réduit le nombre des témoins, en cas de besoin, à cinq, et lorsque ceux-ci ne savaient pas écrire, il n'avait pas exigé leur signature pour un testament écrit; le testateur, dans ce cas, devait seulement donner aux témoins connaissance du contenu de ses dernières volontés. Mais après que l'on eut réduit de sept à cinq le nombre des témoins pour tous les testaments (§ 34), le droit coutumier semble aussi avoir réduit proportionnellement de deux celui des témoins nécessaires pour le testament fait à la campagne. L'Ecloga [5] confirme ce point en ce qu'elle n'exige que trois témoins, et cette règle est reconnue dans une Novelle d'Irène [6]. Dans les Basiliques, on a, malgré cela, inséré la loi 31, C. cit., avec l'obligation de cinq témoins, et il s'éleva à ce sujet la question de savoir si, et jusqu'à quel point les ἄγροικοι étaient encore privilégiés [7]. Cet état de choses détermina Léon le Sage [8]

correction. Suivant Coll. II, nov. 41, le droit des Basiliques, et aussi le Prochiron, exigeait, pour les testaments ἐν ὁδοιπορίαις, la présence de cinq témoins, d'où il semble résulter que, dans le *Prochiron*, XXI, 16, les mots ἐν ὁδῷ περιπατῶν n'ont pas pu se trouver.

[1] *Proch.*, XXI, 16 (Comp., *eod. loc.*, note 47). *Epan.*, XXIX, 17.

[2] *Basil.*, XXXV, 3, 13. Les Basiliques reproduisent, en outre, aussi la loi 44, *D. cit.*, dans lib. XXXV, tit. XXI, c. 37.

[3] Ainsi encore dans Harm. V, 1, 36.

[4] Comp., Ἀνέκδ. de l'auteur, p. 182.

[5] *Ecl.*, V, 4. L'*Ecloga*, IV, 1. semble en général prendre pour point de départ le principe suivant lequel εἰς τόπους ἐρήμους καὶ μὴ εὑρισκομένου τοῦ μέτρου τῶν ἑ, trois témoins sont suffisants pour tous les actes écrits.

[6] Coll. I, nov. 27.

[7] *Basil.*, éd. Heimb., III, p. 549. Léon fait aussi allusion à ce point douteux dans Coll, II, nov. 41 pr. Dans l'*Epan.*, XXIX, 16, il est de nouveau dit que trois témoins suffisent. Et l'*Epit. ad Proch. mut.*, XXI, 34, interpole le passage des Basiliques, ainsi qu'il suit : Αἱ διαθῆκαι αἱ ἐν πάσαις πόλεσι ῥωμαϊκαῖς καὶ ἐγγράφως καὶ ἀγράφως γινόμεναι· τὴν τοῦ τόπου συνηθεῖαν ἀντὶ νόμου δεχόμεθα· ἐπεὶ ε' μάρτυρες ἀρκοῦσιν ἢ γ'.

[8] Coll. II, nov. 41. Dans la nov. 43, l'empereur revient sur le même

à statuer que, dans les villes, la présence de cinq témoins était indispensable, mais qu'en voyage, à la campagne et dans les localités peu peuplées, trois témoins suffisaient. Il est vrai que la Πεῖρα[1] et Harménopule n'ont pas connaissance de cette disposition, mais Michel Attalensis la mentionne, et après lui le Μικρὸν[2].

§ 36. — Codicilles.

Indépendamment des testaments[3], la législation justinienne reconnaît encore les codicilles dans lesquels il est permis d'insérer toutes les dispositions de dernière volonté, à l'exception de l'institution d'héritier et de l'exhérédation. Pour la confection des codicilles, on n'exige que des formalités plus simples : la présence simultanée de cinq témoins ; et de plus, pour ceux qui sont écrits, la signature (et non pas le sceau) du testateur et des témoins.

Ces codicilles sont inconnus à l'Ecloga[4]; mais le Prochiron en parle dans le titre XXIX, sans toutefois en indiquer la forme. L'Epanagoge (tit. XXIX, c. XIX-XXIX) reconnaît la validité des substitutions[5] insérées dans les codicilles, et exige pour ceux-ci qu'ils soient écrits et signés par cinq témoins[6]. Michel Attalensis,

sujet. Dans la novelle 40, on avait déjà reconnu à l'αἰχμάλωτος le droit de tester en présence de trois témoins.

[1] Comp., Πεῖρα, XIV, 6, 23.

[2] *Mich. Attal.*, XXIII ; Μικρὸν M., 33, 34.

[3] Concernant le *Fideicommissum heredi præsenti injunctum* (l. ult. c., *De fideicomm.*), comp. *Ecl*, VI, 12; *Epit. ad Proch. mut.*, XXX, 5 : Ἐάν τις τῷ ἰδιῷ κληρονόμῳ ἰδιῶς ἐπιτρέψῃ μαρτύρων μὴ παρόντων ἀποκαταστῆσαι τίνι ἐκ τῆς ἰδίας περιουσίας ἢ δώσει πράγματα, καὶ ἀπαιτούμενος ὁ κληρονόμος ἀρνεῖται, ὀμνύτω ὁ κληρονόμος, ὡς οὐκ ἐπετράπη παρὰ τοῦ τελευτήσαντος ἐκ τῆς ὑποστάσεως ἀποκαταστῆσαι τι τῷ ζητοῦντι, πρότερον τοῦ ζητοῦντος καταθεμένου τὸν πρὸ (l. περὶ) ἐπηρείας λόγον.

[4] Il en est de même pour Coll. I, nov. 27.

[5] Suivant la nov. 159 de Justinien. Comp. *Theod. Breviar.*, nov. 159, c. 2; l'*Epit ad Proch. mut.*, XXIX, 12, dit aussi : Καὶ ἐν κωδικέλλῳ δίδοται ὑποκατάστασις.

[6] Les Basiliques traitent des codicilles dans le livre XXXV. Malheureusement ce livre n'a pas été conservé d'une manière complète, ni avec des scolies. Une intéressante ἐρωταπόκρισις de Théodore se trouve dans Ἀνεκδ, p. XXXVI, de l'auteur.

le Μικρὸν κατὰ στοιχεῖον, Blastares[1] et Harménopule mentionnent de même les codicilles et les cinq témoins qui doivent entendre en même temps la dernière manifestation de la volonté du testateur. La jurisprudence byzantine ne semble pas avoir bien clairement reconnu que l'obligation de faire le codicille devant cinq témoins n'avait, à proprement parler, plus de sens et devenait une prescription inutile, en présence des décisions que Léon avait promulguées dans les Novelles 41 et 42 sur la forme des testaments (§ 34, 35).

§ 37. — Ouverture du testament.

Lorsque la lex Julia *de vicesima hereditatum* créa l'impôt sur les hérédités et les legs, elle statua en même temps, dans l'intérêt du fisc, que chaque testament, peu de temps après la mort du testateur, devait être insinué devant le magistrat et ouvert par lui. Après l'abolition de la *vicesima*, on maintint l'ouverture des dispositions de dernière volonté par les fonctionnaires (à Constantinople, par le *magister census*[2]) ; et ce qui avait été prescrit jadis dans l'intérêt de l'État, le fut alors dans celui de la succession testamentaire en général[3]. Mais la compétence du *magister census*, du moment que l'ouverture du testament n'avait plus rien de commun avec la perception de l'impôt, était devenue une anomalie. Après Justinien, elle fut attribuée au questeur[4]. L'empereur Léon le Sage statua plus tard, dans la Novelle 44 : Τὴν... νῦν... ἐπισημαινομένην... τοῦ κοιαίστωρος σφραγῖδα μηδὲ ταύτην μόνον ἐπισφραγίζειν τὰ διατετυπώμενα, ἀλλὰ καὶ τοὺς... μαγίστρους καὶ πατρικίους καὶ τὸν τῆς πόλεως ἔπαρχον καὶ

[1] *Mich. Att.*, tit. XXIV (dans *Leunclav.*, tit. XXXV) ; Μικρὸν K., 15-18 ; *Blast.*, K., 38 ; *Harm.* V, 7.

[2] L. 40, C., *De episc. et cler.* ; l. 18, 23, C., *De testam.*

[3] Les mots : « δημοσίᾳ συμφέρει, » (l. 5, D., *Test. quemadm. aperiantur* ; *Basil*, XXXV, 6, 5) présentent un double sens. Bien que l'*Ecloga* ne parle pas de l'ouverture judiciaire des testaments, il semble cependant, d'après Coll. II, nov. 44, que celle-ci se pratiquait constamment.

[4] Peut-être parce qu'il avait à connaître des πλαστογραφίαι (nov. *Justiniani*, 80, c. 7). Comp. sur ce changement de la compétence, Coll. II, nov. 44 ; Coll. III, nov. 7, c. 2 ; Πεῖρα, XIV, 11. — C'est pour cette raison que les textes du Code mentionnés dans la note 2 n'ont pas été insérés dans les Basiliques.

τοὺς ἄλλους, οἳ ἐπὶ τῶν κρίσεων καθεστήκασι, τοῖς ἑαυτῶν σφραγίσματι τὰς διατυπώσεις τῇ ἀξιοπιστίᾳ σεμνύνειν· ἀλλ' ἐν μὲν τῇ προκαθημένῃ τῶν πόλεων οὗτοι, ἐν δὲ ταῖς ἄλλαις χώραις καὶ πόλεσιν, οἵ τε στρατηγοὶ καὶ οἱ καθ' ἑκάστην ἐπαρχίαν κριταὶ τοῦτο ἵστωσαν καὶ ποιείτωσαν.

Quant à la procédure qui devait être suivie par le magistrat lors de l'ouverture (ἄνοιξις, ἀνασφραγισμός),— procédure qui était principalement destinée à constater l'authenticité du testament ou la preuve de son existence (βεβαίωσις),—les sources[1] ne contiennent que des indications incomplètes, et qui ne se rapportent qu'à des testaments écrits privés (cependant il semble que, pour les testaments oraux, il était aussi procédé à une constatation judiciaire de leur existence et de leur contenu[2]). Le peu que les livres de droit et les codes postérieurs contiennent à ce sujet se trouve dans Coll. II, Nov. 82[3], Coll, III, Nov. 7, c. II, et dans la Πεῖρα, XIV, 3, 5, 7, 11, 15, 21.

§ 38. — Droit moderne.

Nous avons déjà fait remarquer plus haut (§ 34) que, dans le droit romain primitif, la forme du testament était une chose essentielle : le testament constituait une exception à la règle générale, et la possibilité d'une semblable exception reposait uniquement sur la forme employée pour manifester la dernière volonté. Il en est autrement dans le droit postérieur, qui consacre le principe que chacun peut tester librement, et qui favorise les testaments sous tous les rapports. Par suite, l'exigence

[1] Dig., XXIX, 3; Cod., VI, 32; Basil., XXXV, 6 (*Restitut.*); Coll. I, nov. 27; Basil., ed. Heimb., I. p. 643, sc. 8 b. — L'*Epit. ad Proch. mut.*, tit. XXII, contient en outre les passages suivants qu'il faut restituer dans les Basiliques : Κ'. Ἐὰν ἄπεστι μάρτυς, πέμπεται ἡ διαθήκη, ὅπου διάγει, εἰς τὸ ἐπιγνῶναι τὴν σφραγῖδα, οὐ μὴν αὐτὸς ἄγεται. Ἄδικον γὰρ ἐστι, ἐπιζήμιόν τινι γενέσθαι τὸ ἴδιον ὀφφίκιον. — Κα'. Ἐὰν ἀπολιμπάνωνται οἱ μάρτυρες, ἀναγκαῖόν ἐστιν αὐτὴν [ἀνοιγῆναι], ὁ ἄρχων παρασκευάσει παρόντων ἀνδρῶν εὐυπολήπτων ἀνοιγῆναι, καὶ μετὰ τὸ γραφῆναι καὶ ἀναγνωσθῆναι πάλιν ἀνασφραγίζεται διὰ τοῦ ἄρχοντος, καὶ πέμπεται ὅπου εἰσὶ οἱ μάρτυρες εἰς τὸ ἐπιγνῶναι τὰς ἰδίας σφραγῖδας.

[2] Harm. V, 1, 7.

[3] Coll. II, nov. 42 : Ἡ δὲ τῆς ἀγράφου (sc. κύρωσις) ἐν τῷ ε' μάρτυρας συνομολογῆσαι κτλ.

d'une forme nécessaire et indispensable était, par le fait, un non-sens, car elle produisait les mêmes effets qu'une restriction de la liberté du testateur. On n'aurait plus dû, désormais, considérer une forme quelconque (quelque simplifiée qu'elle fût) comme *constitutive* du testament ; on n'avait plus qu'à demander si, après la mort du testateur, il existait une preuve suffisante pour établir, soit par écrit, soit par témoins, soit par le serment des parties, quelle était réellement la dernière volonté du défunt. La forme n'aurait dû être envisagée que comme un moyen en vue de la preuve à fournir ultérieurement. C'est là tout ce que l'on peut conclure du motif d'utilité [1] que l'on invoque pour justifier soit le maintien, soit l'établissement des formes testamentaires.

Cette idée que, d'après le principe nouveau, il s'agit surtout de la preuve et non pas de la forme du testament, est au fond des dispositions de l'empereur Léon le Sage (Nov. 41, 43) ; mais elle n'a pas été poussée par lui jusqu'à ses dernières conséquences, ni nettement aperçue par les jurisconsultes ultérieurs. C'est ainsi que le droit byzantin se traîna, sans qu'une idée ait présidé à son développement, jusqu'à la chute de l'empire.

Sous la domination turque, autant qu'il est possible d'en juger par quelques traces isolées [2], la législation byzantine est abandonnée ou pratiquée sans intelligence, bien loin de fleurir [3]. Si, dans certaines localités, un testament fait devant le confesseur et deux témoins paraît avoir été en usage, il n'est pas permis de considérer cet usage comme une coutume grecque qui se forme spontanément et par sa propre force. Ce n'est autre chose que le *testamentum coram parocho et duobus testibus* du droit canonique de l'Église romaine, et il ne paraît être arrivé à une application partielle que là où se rencontre l'influence d'une domination latine et d'une population catholique romaine [4]. Du moins dans le Πηδάλιον qui, dans le supplément [5] contient un

[1] § 32, note 2, p. 473.

[2] *Malaxus*, c. 217 (*in Sgouta Themis*, VII, p. 227).

[3] Parfois, on semble même avoir considéré comme valable le testament olographe (autographe). *Maurer, d. griech. Volk.*, I, p. 141 ; II, p. 463 ; *Geib. Darstellung*, p. 57.

[4] Comp., *Maurer*, l. c., Εὐρετήριον, III, p. 314, 322 ; IV, p. 380.

[5] P. 526 et suiv.

formulaire des testaments, et indique, dans une note extraite d'Harménopule, les règles les plus nécessaires en fait de testaments, il n'est nullement question d'un testament fait devant le confesseur.

En ce qui concerne le dernier état du droit :

1° Le Code moldave [1] traite de la forme ordinaire du testament, § 738-750. Il indique comme étant valables : le *testament olographe*, le *testament écrit* devant trois témoins au moins, le *testament oral* devant cinq témoins [2], le *testament devant le iuge*. Pour le *testament fait à bord* [3] ou *en temps de peste*, deux témoins suffisent (§ 755, 756) : mais il perd sa validité six mois après le voyage ou la fin de la peste (§ 757). Pour les codicilles, la même forme est admise que pour les testaments (§ 744, 759) : il n'y a donc pas de différence juridique à établir entre les uns et les autres ;

2° Le Code valaque [4] reconnaît le *testament olographe* comme valable, de même que *tout autre testament signé* par le *testateur* ou par l'*ecclésiastique* du lieu, ou par *le juge* ou par *trois témoins*. Les codicilles [5] ne peuvent être faits que dans les mêmes formes.

3° Dans le royaume de Grèce, une loi du 11 février 1830 est en vigueur : elle a encore moins d'affinité avec le droit byzantin que le Code valaque, elle est plutôt rédigée d'après des modèles d'origine italienne. Elle admet le testament *public* reçu par un notaire et trois témoins ; le testament *mystique* écrit par le testateur, ou tout au moins signé par lui, et remis à la garde du notaire ; le testament *olographe* trouvé dans les papiers du défunt ; le testament *oral* qui cependant ne peut être fait que sur le lit de mort devant cinq témoins; enfin, des modes spéciaux de tester pour les soldats, en cas de peste et de voyage sur mer [6].

[1] La capacité de tester est fixée par ce code à vingt ou dix-huit ans, suivant le sexe (§ 727). Le § 752 est aussi digne de remarque : Ἐμποδίζονται νὰ μαρτυρήσωσιν εἰς διαθήκην χριστιανοῦ οἱ ἑτερόθρησκοι.

[2] On paraît n'avoir appliqué la nov. 42, coll. II, qui se contente de trois témoins, qu'aux testaments écrits.

[3] On rencontre ici, dans une forme modifiée, le testament de l'ἐν ὁδῷ περιπατῶν.

[4] Τμ. δ' κεφ. γ', § 26. La capacité de tester commence à la vingtième année, d'après le paragraphe 27.

[5] § 38. On les désigne ici sous le nom de παράγραμμα.

[6] *Maurer. das griech. Volk*, I, p. 582; III, p. 170 et suiv. Il se trouve

CHAPITRE II.

CONTENU DU TESTAMENT.

§ 39. — Institution d'héritier et exécuteurs testamentaires.

D'après le droit romain primitif, l'institution d'héritier était la partie essentielle du testament : sans institution d'héritier valable et efficace, le testament était nul [1]. Peu à peu les codicilles qui n'en contenaient pas, furent aussi reconnus à titre de dispositions de dernière volonté valables, soit comme complément d'un testament, soit comme emportant obligation pour les héritiers *ab intestat*. Toute distinction, quant à la forme entre ces codicilles et les testaments, ayant disparu dans le droit byzantin postérieur (§ 36), il fut dès lors impossible de considérer l'institution d'héritier (ἔνστασις) comme constituant l'objet essentiel d'un acte de dernière volonté [2].

Indépendamment de ce qui précède, la forme du testament a perdu de son importance sous d'autres rapports.

Suivant le droit romain, c'était pour l'héritier une obligation stricte d'accomplir dans son entier la volonté du testateur. Il pouvait y être contraint par ses cohéritiers, légataires et autres. Les dispositions à ce sujet sont réunies et renforcées par Justinien dans la Novelle 1, et sont encore rappelées dans l'Ecloga [3] avec certaines modifications.

Par contre, on remarque dans le droit byzantin postérieur, comme usage dominant, que le testateur institue des exécuteurs spéciaux de ses dernières volontés. On les désigne de préférence [4]

un exposé fidèle et une excellente critique de la législation relative aux testaments dans Καλλιγᾶς Ῥωμ. Δικ., V, p. 203 et suiv. Cette loi ne reconnaît pas les codicilles. Comp., Καλλιγᾶς, V, p. 292.

[1] Parce que : « *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.* » Comp., § 32. (Il convient de ne pas oublier que, pour le *testamentum per æs et libram*, dans sa forme primitive, il n'était pas indispensable que le testament lui-même contînt l'institution d'héritier.)

[2] Des exemples d'un testament sans institution d'héritier se rencontrent dans Πεῖρα, XIV, 10 ; XXXVIII, 14.

[3] *Ecl.*, V, 7. — Voir, plus bas, § 46.

[4] L'expression ἐπίτροπος pour désigner le *tutor* semble être tombée presqu'entièrement en désuétude dans la langue usuelle, vers une époque plus

sous le nom de ἐπίτροποι, et ils se distinguent des héritiers ou légataires sur qui pèse la charge de restituer la succession à des tiers, ou celle d'accomplir d'autres obligations, en ce qu'ils ne sont pas autorisés à déduire la falcidie pour leur compte.

On rencontre déjà des traces de semblables exécuteurs testamentaires, sous des formes diverses, dans le droit romain primitif[1]. Mais ce n'est que sous les empereurs chrétiens que se généralisa l'usage de destiner à des œuvres pies tout ou partie des biens, et de confier à des exécuteurs testamentaires le soin de les distribuer[2]. (On semble ne pas avoir eu assez de confiance en l'héritier, pour espérer que le salut de l'âme du testateur lui tînt beaucoup à cœur.) Plus tard même, on eut coutume de charger ces exécuteurs testamentaires du soin de payer d'autres legs, et même de partager la succession entre les ayants droit. C'est avec cette extension que les ἐπίτροποι figurent dans le droit byzantin postérieur, bien que le souvenir de l'origine de leur institution soit encore partout visible[3].

Les dispositions contenues dans les sources sur ces ἐπίτροποι, sont les suivantes :

1° On nomme un ou plusieurs ἐπίτροποι[4]. Ils sont institués

rapprochée. L'*Ecloga*, tit. VII, préfère déjà généralement le mot κουράτωρ. Voir cependant tit. II, c. 11. Le scoliaste de l'*Epanag.*, tit. IX, sc. a., distingue la πρώην ἐπιτροπὴ (la *tutela*) de la νῦν λεγομένη ἐπιτροπὴ (Comp. aussi Coll. II, nov. 68). De là, chez les jurisconsultes byzantins, l'application, souvent fondée sur un malentendu, des dispositions en vigueur pour les tuteurs, à ces nouveaux ἐπίτροποι. Comp. Πεῖρα, XVI, 5, 9; XXII, 3, *in f.*

[1] L. 17, *pr.*; l. 88 § 1. D., *De legatis*; l. 78, § 1. D., Ad *Sc. Trebell*; l. 12, *in f.* et l. 13, D., *Mandati*.

[2] L. 28, 48, C., *De episc. et cler.*; nov. 131, c. 11. Nous avons déjà fait remarquer au paragraphe 30, que l'usage de pourvoir aux ψυχικά, même pour le cas où une personne mourait *intestat*, exerça une certaine influence.

[3] *Epanag.*, tit. IX, sc. a : « Ἐπιτροπῆς.... ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον τῆς τοῦ τελευτήσαντος περιουσίας εἰς εὐσεβεῖς αἰτίας διανομῆς. » Coll. IV, nov. 66, C. 7 : « Ἐπιτροπικαὶ τοιαῦται διοικήσεις καὶ εἰς εὐσεβεῖς αἰτίας διανομαί. » L'empereur Léon le Sage, dans Coll. II, nov. 68, donne une définition plus large : « Ἐπιτρόπους... ὅσοις οἱ τὸν βίον ἀπολιμπάνοντες, χρηστᾶις περὶ αὐτῶν ὑπολήψεσιν ἐπὶ τοῦτο προτρεπόμενοι, διατάξεις, αἳ περὶ τῶν ὑπόντων ἤρεσαν πραγμάτων, ἐγχειρίζουσι καὶ τῶν μετὰ τὴν ἐκδημίαν πιστεύουσι τὴν διοίκησιν. » Comp. *Mich. Attal.* in J. G. R., II, p. 32.

[4] Πεῖρα, XVI, 5.

tantôt pour remplir certaines obligations, tantôt pour administrer et partager l'hérédité du *De cujus*[1]. Il est loisible d'appeler à une semblable ἐπιτροπή des moines ou des prêtres, bien que l'acceptation d'une tutelle leur soit interdite[2].

2° L'institution d'une ἐπιτροπή ne diminue pas les droits de l'héritier nécessaire[3]. Mais, du reste, l'établissement par testament d'un ἐπίτροπος exclut les héritiers *ab intestat*[4].

3° L'obligation de faire l'inventaire de la succession, en présence des héritiers, légataires et autres ayants droit, incombe à l'ἐπίτροπος[5].

4° Quand l'administration et la disposition de parties déterminées de la succession sont seules confiées à l'ἐπίτροπος, ce dernier n'a aucun pouvoir sur le surplus, les héritiers seuls en disposent[6].

5° Quand l'ἐπίτροπος décède avant l'accomplissement de la mission dont il a été chargé, l'ἐπιτροπή se transmet aux συνεπιτρόποι, à ses héritiers ou aux personnes par lui désignées[7].

6° L'ἐπίτροπος se contente d'administrer la succession pendant quelque temps, afin que les créanciers qui pourraient se présenter soient désintéressés, et alors seulement — mais au plus tard après quatre ans — il a le droit de l'employer aux destinations indiquées[8]. Si, après les diverses affectations, il y a un excédant actif, il ne peut pas être réclamé à l'ἐπίτροπος[9].

7° En ce qui concerne les actions que l'ἐπίτροπος est dans l'obligation d'intenter ou de repousser, relativement à l'hérédité[10], l'empereur Manuel Comnène a prescrit une marche sommaire à suivre. Il a statué, en outre, que l'ἐπίτροπος infidèle doit être

[1] Πεῖρα, XVI, 9.

[2] *Epanag.*, tit. IX, sc. a.; coll. II, nov. 68; *Balsamon ad Phot.*, VIII, 13, *et ad syn. Carthag.*, c. 3; *Aristenus*, ibid.; *Harm.*, V, 12, 23.

[3] Πεῖρα, XLI, 9; LXVII, 3; voir néanmoins aussi XLIII, 8.

[4] Πεῖρα, LIV, 10.

[5] Coll., novell. de l'auteur, p. 226; *Harm.*, V, 12, 21; *Mich. Attat.*, XXIV, 4.

[6] Πεῖρα, XIV, 1, 4; LIV, 10.

[7] Πεῖρα, XVI, 5.

[8] Πεῖρα, XVI, 12. *Harm.* V, 12, 23.

[9] Πεῖρα, XVI, 11. Pour l'étendue de la responsabilité de l'ἐπίτροπος, comp. encore Πεῖρα, XLIII, 8.

[10] En tant, du moins, qu'elle se rapporte aux εἰς εὐσεβεῖς αἰτίας διανομαί.

destitué, et que l'empereur doit en nommer un autre à sa place, avec mission de remplir les dernières volontés du défunt[1].

Par ce qui précède on reconnaît aisément que, si répandu qu'ait été l'usage de l'ἐπιτροπή, cette institution n'est cependant pas arrivée à complète maturité; on était sur la bonne voie pour aboutir à une organisation semblable à celle des *trustees*, *executors* ou *administrators* anglais, mais on s'arrêta à moitié chemin. Aussi ne faut-il pas s'étonner de ne rencontrer que peu de traces de cette institution dans le droit moderne[2].

§ 40. — Héritiers nécessaires[3]. — Introduction.

D'après le droit romain, il faut que certaines personnes soient prises en considération formellement ou matériellement par le testateur dans son testament : on a l'habitude de désigner ces personnes sous le nom d'héritiers nécessaires (— les jurisconsultes byzantins[4] emploient aussi l'expression κληρονόμος ἀναγκαῖος —), et on les distingue en héritiers nécessaires formels ou matériels.

Selon les Institutes, le Digeste et le Code[5], les principes suivants étaient appliqués en cette matière.

[1] Coll. IV, nov. 66, c. 6. Suivant la législation de Justinien, l'évêque devait intervenir en pareil cas : la novelle de Manuel ne reconnaît de coparticipation au patriarche et à l'économe de l'église de Sainte-Sophie, avec le préfet de la ville, qu'en cas d'absence de l'empereur.

[2] Le Code valaque l'omet entièrement; le Code moldave, §§ 793, 843, ne reproduit que la législation de Justinien.

[3] Dans le texte allemand, ce paragraphe est intitulé : *Notherben*, que nous traduisons par les mots *héritiers nécessaires*. Toutefois, nous croyons devoir faire remarquer qu'il ne faut pas confondre ceux-ci avec l'*heres necessarius*, qui est tenu d'accepter bon gré, mal gré, la succession de son maître.

On donne au mot *Notherb* une signification tout autre dans les ouvrages de droit allemands. Les auteurs désignent par là l'héritier qui ne peut pas être prétérit dans le testament du chef de famille. C'est aussi, dans ce sens, que M. Zachariæ a employé cette expression. (*Note du traducteur.*)

[4] Par ex. : Theodorus, *Brev.*, nov. I, c. 1.

[5] Les Inst., II, 13, *De exheredatione liberorum*; Dig., XXVIII, 2, *De liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis*; XXXVII, 4, *De bonorum possessione contra tabulas*; Cod., VI, 12; *De bonorum possessione contra tabulas quam Prætor liberis pollicetur*; VI, 28, *De liberis præteritis vel exheredatis*; VI, 29, *De postumis heredibus instituendis vel exheredandis vel*

I. Les *héritiers nécessaires formels* étaient, d'après le droit civil[1], les *sui*, d'après le droit prétorien les *liberi* (*sui* et *emancipati*) : il faut qu'ils soient ou bien institués héritiers — quelque faible que soit leur lot — ou bien exhérédés *nominatim*[2]. Lorsqu'ils sont omis par le père, le testament est nul et non valable, d'après le droit civil, pour cause de prétérition d'un *suus* (ἀνυπόστατος, ἄκυρος, ἄτελης διαθήκη); ou bien, il est rompu dans son ensemble (ῥηγνυμένη διαθήκη), de sorte qu'il y a lieu de déférer la succession *ab intestat* pure et simple. Mais le préteur accorde, pour cause de prétérition des *liberi*, la *contra tabulas bonorum possessio* (ἐναντίωσις τῆς διαθήκης), qui, tout en attribuant aux *liberi* la part qu'ils auraient eue *ab intestato*, ne détruit pas en entier le testament, mais le laisse subsister dans une proportion plus ou moins grande.

L'origine de ces dispositions s'explique par la nature des testaments du droit romain primitif (§ 32). Elles se conservèrent même après que leur raison d'être eût disparu dans le cours des temps ; elles furent même étendues par le préteur, par suite de l'assimilation des *emancipati* avec les *sui*, et elles reçurent la forme qui vient d'être exposée, d'une constitution de Justinien dans la *l. ult.* C. *De liberis præteritis*[3].

II. Les *héritiers nécessaires matériels*[4] sont les descendants, ascendants, frères et sœurs du côté paternel (— ces derniers

præteritis, traitent particulièrement des héritiers nécessaires formels. — Les Inst., II, 18; Dig., V, 2; Cod., III, 28, *De inofficioso testamento*, traitent des héritiers nécessaires matériels.

[1] L'héritier nécessaire *formel* est celui qui peut être exhérédé sous la seule condition que la forme légale de l'exhérédation ait été observée. Il n'est pas besoin à cet égard que le testateur indique le motif de sa détermination. (*Note du traducteur.*)

[2] Les expressions grecques usitées sont : Κληρονόμον γράφειν, ἀπὸ κληρονόμων γράφειν, ou ἀπόκληρον ποιεῖν — σιωπῇ παρατρέχειν, ou ἀμνημόνευτον ἐάσαι.

[3] Ce texte n'existe pas dans les Basiliques. Nous en indiquerons la raison plus bas (note 2, p. 500). Nous voyons comment les jurisconsultes du temps de Justinien l'ont compris, par Théophil., II, 13, 5, et une scolie de Thalelæus sur κατὰ πόδας de l. 1, C., *Comm. de manum.* dans *Basil.*, édition Heimb., IV, p. 768.

[4] L'héritier nécessaire *matériel* est celui que l'on ne peut exhéréder que pour une juste cause, c'est-à-dire pour une cause expressément écrite dans la loi. (*Note du traducteur.*)

cependant dans le seul cas où *scripti heredes infamiæ vel turpitudinis vel levis notæ macula adspergantur*[1] —), en tant qu'ils se trouvent être les plus proches parents *ab intestat* du défunt. Il faut qu'ils obtiennent, dans tous les cas, la légitime, c'est-à-dire le *quart* de la portion héréditaire leur revenant *ab intestat*, lorsqu'ils n'en ont pas été judiciairement déclarés indignes. En l'absence de l'une ou de l'autre de ces hypothèses, ils ont pendant cinq ans la *inofficiosi querela*[2] contre les héritiers institués, pour la rescision du testament (μέμψις τῆς διαθήκης[3]), lequel est rescindé en tant que de besoin, pour faire produire son effet au droit héréditaire du demandeur. Lorsque le réservataire n'a pas reçu sa portion légitime entière, il n'a d'action que pour le surplus[4]; lorsque la légitime a été amoindrie par suite de donations entre-vifs excessives faites par le *De cujus*, il obtient une *querela inofficiosæ donationis* ou *dotis*[5].

Ces dispositions prenaient leur source dans les doutes élevés sur la validité du testament primitif *per æs et libram*[6]. L'ancien tribunal des Centumvirs maintint longtemps encore le droit d'attaquer le testament privé; mais la coutume restreignit ce droit aux parents sus-nommés[7], et n'admit leur action que dans le cas où ils ne recevraient pas du testateur la part attribuée à chaque héritier d'après la loi *Falcidia*[8]. De là aussi, le nom de

[1] L. 27, C., *De inoff. test.* Comp., *Basil.*, XXXIX, 1, 52.

[2] Une *hereditatis intestati petitio ex causa inofficiosi*. Voir *Stephanus, ad l.* 1, D., *De inoff.* dans *Basil.*, édition Heimb., IV, p. 2. comme l'appelle *Calocyrus. Basil.*, édition Heimb., IV, p. 41.

[3] Ou encore περὶ ἀκαθηκούσης διαθήκης ἀγωγή, ou περὶ φαλκιδίου ἀγωγή,

[4] L. 30, C., *De inoff.* Ce passage n'existe pas dans les Basiliques; il était inutile en présence de la nov. 115, c. 5.

[5] Cod., III, 29, *De inofficiosis donationibus*, et III, 30, *De inofficiosis dotibus*.

[6] Comp., p. 108. La *color insaniæ* est une fiction des jurisconsultes apparemment inventée après coup, et tout à fait insuffisante pour expliquer les particularités de la *querela*. Il est plus que probable qu'il n'existait pas de *querela* contre un testament *calatis comitiis*, ou *in procinctu*. C'est pourquoi elle n'a pas non plus été admise, dans le droit moderne, contre le testament des soldats, issu du *testamentum in procinctu*.

[7] Ulpien, *in l.* 1, D., *De inoff.* : « *Cognati, qui sunt ultra fratrem, melius facerent, si se sumtibus inanibus non vexarent, quum obtinendi spem non habent.* »

[8] Plin, V, 1.

legitima portio (chez les Grecs νόμιμος μοῖρα, νόμιμον ποστημόριον, plus tard simplement et de préférence φαλκίδιος [1].

Les Novelles de Justinien ont finalement modifié les principes qui viennent d'être exposés, en ce que :

1° Par la Novelle 18, c. 1, Justinien ordonne que la légitime des enfants, lorsqu'ils sont au nombre de quatre, soit du tiers; lorsqu'ils sont au nombre de cinq ou plus, de la moitié de l'hérédité (ou de la portion *ab intestat*). Les jurisconsultes de l'époque de Justinien étaient indécis sur le point de savoir si, d'après la phrase finale, cette élévation de la légitime s'étendait ou non à la légitime des ascendants et frères et sœurs [2].

2° Par la Novelle 115, c. 3-5, on décide que les ascendants ne sont admis à exhéréder ou à omettre leurs descendants, que dans le cas où l'une des causes énumérées dans les Novelles (ἀχαριστίας αἰτίαι) est expressément indiquée dans le testament, et qu'elle est susceptible d'être prouvée par l'héritier institué; à défaut d'une cause de ce genre, il faut qu'ils les instituent héritiers. De même, les descendants ne peuvent omettre ou en général priver de leur succession leurs ascendants que pour certaines causes énumérées dans la Novelle, causes qui doivent être indiquées nominativement dans le testament et prouvées par l'héritier institué. Lorsque ces prescriptions ne sont pas observées, l'institution d'héritier n'est pas valable, l'hérédité est dévolue d'après la loi, et il n'y a que les legs et autres clauses du testament [3] qui soient maintenues [4]. Mais le testament est

[1] Comp., *Athanas.*, IX, 7 ; *Stephan., in sc.*, 18, *Ad Basil.*, édition Heimb., IV, p. 14 *passim*; *Julian. Const.*, 85. — *Calocyrus* désigne la légitime d'une manière encore plus précise, comme τὸ ἀπὸ τοῦ φαλκιδίου νόμου ἐποφειλόμενον, *Basil.*, édition Heimb., IV, p. 12.

[2] La novelle 18 était inconnue à Théophile et, à ce qu'il paraît, à Thalelæus. Il n'est pas possible d'apprécier l'opinion de Stephanus, d'après *Basil.*, édition Heimb., IV, p. 12; *Athanasius*, IX, 2; le premier résout avec timidité la question dans le sens de l'affirmative, tandis que Julianus, *Const.*, XXXIV, cap. CXIV, semble n'appliquer la novelle qu'aux seuls descendants. De même Théodorus, *Breviar.*, nov. 18, § 1, et nov. 117, §§ 1, 2, ne parle que d'une augmentation de la légitime des descendants, tandis qu'ailleurs il désigne la légitime comme équivalant au quart (comp. aussi les passages du Code de Théodore dans *Basil.*, édition Heimb, IV, p. 33, 157, ainsi que la manière dont il s'exprime dans nov. I, § 1).

[3] En est-il de même pour les ψυχικά? Voir là-dessus Πεῖρα, v, 10; LXVII, 1.

[4] Ce qu'on appelle la *clausula derogatoria* s'y rattache dans le chap. 4:

valable, lorsque les descendants ou ascendants ont été institués, ne serait-ce que *in re certa :* et ceux-ci n'ont qu'une action aux fins d'obtenir le complément de la légitime, dans le cas où les dispositions faites en leur faveur sont inférieures au taux légal.

Autant ces prescriptions sont claires, autant il est difficile de résoudre la question de savoir jusqu'à quel point et dans quelle mesure la législation primitive concernant les héritiers nécessaires a été changée par là. Autant qu'il est possible de démêler la manière de voir des jurisconsultes contemporains de Justinien [1], il semble que ces derniers n'ont considéré la Novelle 115 que comme une loi *correctrice*. C'est au moins dans ce sens qu'elle a été envisagée par Athanase et Théodore dans leurs travaux sur les Novelles [2].

Ceux-ci ne prennent même pas le soin de faire ressortir la *clausula derogatoria*, et n'approfondissent pas la question indiquée plus haut. Par contre, quelques remarques plus précises se trouvent dans certains passages de *Stephanus* sur le titre du Digeste *De inofficioso testamento*, passages qui nous ont été conservés dans les scolies sur Basil. XXXIX. I [3]. Il en résulte principalement que, suivant *Stephanus*, l'ancienne *querela inofficiosi*,

Εἴ τι δὲ ἢ περὶ ληγάτου ἢ φιδεϊκομμίσσου ἢ ἐλευθεριῶν ἢ ἄλλων οἱωνδήποτε κεφαλαίων ἐν ἄλλοις νόμοις εὑρεθείη ταύτῃ τῇ διατάξει ἐναντίον, τοῦτο κρατεῖν κατ' οὐδένα βουλόμεθα τρόπον.

[1] Pour l'intelligence des extraits des jurisconsultes contemporains de Justinien contenus dans les Basiliques, il convient de remarquer que la novelle 115 — abstraction faite des interpolations — est citée par *Dorotheus* comme ἡ περὶ ἀχαριστῶν παίδων νεαρά, par *Stephanus* comme νεαρὰ τοῦ δεσπότου ριδ' τυγχάνουσα τῶν μετὰ τὸν κώδικα διατάξεων, par *Anonymus* comme περὶ ἐξνερεδατίονος ρϐ' νεαρὰ.

[2] *Athanas.*, VII, 7 ; *Théod.*, nov. 115, § 3–11. Tous deux aussi, à propos de la publication de la novelle 129, postérieure à la novelle 115, font remarquer, sans autres commentaires, que, d'après ce texte, les légitimaires dont la part a été réduite peuvent intenter la *querela inofficiosi*.

[3] Ce sont les passages suivants, — dans l'édition Heimb., t. III, p. 2. — t. IV, lin. 10, *A fine textus* ; p. 4, lin. 1; p. 7, sc. 4, *in fine* ; p. 12, sc. 12, *in fine* ; sc. 13, *in fine* ; p. 16, lin. 15 ; p. 25, sc. 1, *Ad.* c. 21; p. 26, sc. 1, *Ad.* c. 22 ; p. 27, sc. 1 et 2, *Ad.* c. 24 ; p. 191, sc. 3, 6. Il est vrai qu'on n'indique qu'une fois Stephanus comme source, mais il n'en est pas moins certain que les autres extraits cités sont aussi tirés du Commentaire de ce dernier sur le Digeste. Dans *Basil.*, édition Heimb., celui-ci paraît même avoir considéré la *c. t. B. P.*, comme étant encore en vigueur.

avec toutes ses particularités, a continué à subsister en faveur des descendants ou des ascendants, en tant qu'elle n'a pas été modifiée par la Novelle 115. *Dorotheus* semble, de son côté, admettre comme valable une *exheredatio bona mente*, d'après la Novelle 115 [1]. *Julianus* enfin fait ressortir la *clausula derogatoria ;* et, si toutefois il est bien la même personne que l'*Anonymus* et l'*Enantiophanes* des scolies des Basiliques, il paraît avoir considéré la *contra tabulas bonorum possessio* comme abrogée par la Novelle 115, et avoir admis que, d'après la même Novelle, l'exhérédation ou la prétérition d'un *postumus* n'était pas possible, et que, dans le cas où le testament était rompu par la naissance d'un posthume, l'institution d'héritier seule devenait nulle [2].

§ 41. — Héritiers nécessaires. — Système de l'*Ecloga*.

Si l'on examine sans parti pris les dispositions de la législation de Justinien relatives aux héritiers nécessaires, on aperçoit tout d'abord que cet empereur s'est encore attaché à la formalité de l'institution et de l'exhédération, quoiqu'il n'y eût plus aucun motif sérieux de la maintenir. En outre, la tentative qu'il fit de déterminer légalement, une fois pour toutes, les ἀχαριστίας αἰτίαι, fut un essai malheureux, par la raison que la multiplicité des causes pour lesquelles les parents peuvent à bon droit avoir des griefs contre leurs enfants, n'est pas de nature à être restreinte à certains cas déterminés, sans préjudice pour l'autorité paternelle. Il en eût été autrement si l'on avait fixé les espèces dans lesquelles les enfants, en vertu de la loi et non pas en vertu de l'expression de la volonté paternelle, devaient perdre leur part héréditaire pour cause d'indignité. Si l'on eût suivi dans ses conséquences cette idée que certains délits des enfants leur font perdre tout droit à être pourvus par leurs parents, on eût été conduit forcément à octroyer aux parents le droit d'exhérédation en pareil cas, et même à exclure, de par la loi, les enfants coupables, de la succession *ab intestat*. Enfin on est saisi d'un senti-

[1] Comp. la sc. dont il est évidemment l'auteur, sur la l. 16, D., *De curat. fur.*, dans *Basil*, édition Heimb., III, p. 773.

[2] Julian. *Const.*, 107, c. 372-375 ; Enantioph. dans *Basil.*, édition Heimb., IV, p. 43, 49 ; enfin deux scolies (§ 43) sur *Basil.*, XL, 3, 1, et 7, 1, qui appartiennent indubitablement à *Anonymus*.

ment pénible, quand on voit que Justinien essaie aussi de déterminer les cas dans lesquels on doit admettre, à l'encontre des parents, qu'ils se sont rendus indignes vis-à-vis de leurs enfants, — ce qui n'est pas de nature à consolider l'autorité paternelle, base de toute vie de famille. — En présence de ces diverses tendances, une réforme de la législation de Justinien sur les héritiers nécessaires devenait indispensable, et la seule idée digne d'être maintenue était celle sur laquelle reposait l'institution de la légitime, l'idée d'un droit appartenant à la famille sur le patrimoine du défunt et ne pouvant lui être enlevé.

Les empereurs Léon et Constantin qui, d'une part, n'étaient pas asservis au même point que Justinien par les traditions du droit romain primitif, et qui, d'autre part, ainsi que nous l'avons fait remarquer à diverses reprises dans le droit des personnes, étaient doués d'un grand tact, et surtout animés d'un sentiment profond pour l'unité et la pureté du lien de famille, nous ont laissé dans l'Ecloga les bases d'une législation revisée concernant les héritiers nécessaires, législation qui était sans doute destinée à satisfaire, dans les points essentiels, le besoin qui vient d'être indiqué.

L'Ecloga[1] émet le principe fondamental qu'il faut que les parents laissent au moins à leurs enfants le tiers de leurs biens, à titre de νόμιμος μοῖρα[2], et même la moitié, dans le cas où il y a plus de quatre enfants. Quant à la forme suivant laquelle s'opère la dévolution, il n'en est rien dit nulle part.

Lorsqu'un enfant a été omis dans le testament de son père ou de sa mère, à savoir :

1° Un *postumus*, celui-ci hérite avec ses frères et sœurs institués, le testament restant valable pour le surplus.— (Si, au lieu de frères ou sœurs, c'est un étranger qui est institué, dans ce cas, les legs et autres dispositions sont maintenues, et le *postumus* prend le lieu et place de l'*extraneus* institué.)

2° Un enfant vivant lors de la confection du testament, les juges ont à rechercher si l'enfant s'est rendu indigne vis-à-vis de

[1] Les textes sur la comparaison et l'interprétation desquels se fonde ce qui suit, se trouvent dans V, 5, 7; XVI, 1, 4.

[2] Νόμιμος μοῖρα est synonyme de τρίτη μοῖρα. *Ecl.*, XVI, 4 : « τὴν νόμιμον ἤγουν τὴν γ' μοῖραν. » L'*Eclog.*, XVI, 1, contient l'exception pour le testament des militaires.

ses parents [1], et, le cas échéant, le testament est valable. — (Mais qu'arrive-t-il dans l'hypothèse inverse? Il est évident qu'ici, de même que pour le posthume, il peut en résulter un renversement total ou partiel de l'institution d'héritier, sans préjudice du surplus des dispositions renfermées dans le testament [2].)

L'Ecloga garde le silence sur le cas où l'on n'a pas laissé à l'enfant sa légitime entière : il n'y avait lieu, dans cette hypothèse, qu'à lui accorder le complément.

L'Ecloga admet aussi une légitime des père et mère, s'élevant au tiers de la fortune de l'enfant [3] : mais ce n'est que pour le cas où le testament émane d'un ὑπεξούσιος; au surplus, elle ne fait aucune remarque sur ce qui arrive lorsqu'aucun legs n'a été fait aux parents. On ignore si cet oubli est dû à une lacune du texte qui nous est parvenu [4], ou s'il convient de lui attribuer une signification plus profonde [5]. L'Ecloga passe sous silence la légitime des frères et sœurs.

Ce que l'Ecloga [6] a décidé à propos des causes d'exhérédation admises par Justinien, est digne de remarque, et nous al-

[1] L'*Ecl.*, V, 6, contient un cas spécial.

[2] L'*Ecloga privata aucta.*, V, 4, le dit clairement : « Εἰ δὲ παροφθῇ τὶ ἐν τῇ ποιήσει τῶν εἰρημένων διαθηκῶν, ἄκυρον εἶναι τὴν τοιαύτην διαθήκην· εἰ δὲ καὶ ἐντελῶς γενομένων τῶν διαθηκῶν οἱ γονεῖς τὰ γνήσια τέκνα ἢ ἓν αὐτῶν ἐνδιαθήκως ἀμνημόνευτον ἐάσωσιν, ἢ καὶ μετέπειτα ζώντων τῶν γονέων μέτα τὴν ποίησιν τῆς διαθήκης ἐπιγεννηθῇ αὐτοῖς βρέφος ἢ καταλειφθῇ ἐγκυμονούμενος καὶ εἰς φῶς προέλθῃ, τὰ μὲν λεγάτα καὶ ἐλευθερίαι κατὰ τὴν διαθήκην κρατείτωσαν, τὰς δὲ τῆς κληρονομίας ἐνστάσεις ἀκυροῦσθαι, καὶ τοὺς μὴ μνημονευθέντας παῖδας ἢ καὶ παῖδα μετὰ τῶν λοιπῶν αὐτῶν συγγενῶν ὡς ἐξ ἀδιαθέτου εἰς διαδοχὴν τῶν τοιούτων γονέων εἰσέρχεσθαι· εἰ γὰρ ξένοι κληρονόμοι ἐγράφησαν ἐν τῇ τοιαύτῃ διαθήκῃ, αὐτοὶ μὲν ἐξωθείτωσαν, οἱ δὲ παροφθέντες γνήσιοι παῖδες κληρονομείτωσαν.

[3] *Ecl.*, XVI, 4. L'augmentation de la légitime dans la novelle 18, s'étend aussi aux ascendants. Comp., la note 2, p. 491.

[4] Peut-être faut-il le rattacher à la théorie (quelque peu obscure) de l'*Ecloga* touchant l'ὑπεξουσιότης et l'αὐτεξουσιότης. Comp., § 19, 49. Mais alors il y aurait aussi lieu de restreindre le droit à la légitime aux ὑπεξούσιοι, dans l'esprit de l'*Ecloga*.

[5] Comp. l'édition de l'Ecloga de l'auteur, p. 25, note 46. L'*Ecloga priv. aucta*, V, 5, ajoute au passage cité dans la note 458, ce qui suit : Κατὰ τὸν ὅμοιον δὲ τρόπον καὶ ἐπὶ παιδὸς διατιθεμένου καὶ παντελῶς μὴ μνημονεύοντος τῶν οἰκείων γονέων γίνεσθαι.

[6] *Ecl.*, VI, 13.

lons l'indiquer, quoiqu'il n'y ait plus de lien étroit entre cette doctrine et la législation sur les héritiers nécessaires.

L'Ecloga n'admet plus que les causes d'exclusion des enfants, et cela non plus à titre de causes qui autorisent le père ou la mère à exhéréder leur enfant, mais à titre de causes pour lesquelles les enfants doivent être légalement exclus de l'hérédité de leurs parents, c'est-à-dire de l'hérédité *ab intestat*[1]. L'Ecloga ne reconnaît aucune cause d'exclusion des père et mère[2]. Elle a en conséquence modifié la Novelle 115 de Justinien, modification nécessaire à un double point de vue, ainsi que nous l'avons montré.

§ 42. — Héritiers nécessaires. — Le *Prochiron* et l'*Epanagoge*.

D'après la marche que l'histoire du droit a suivie en général, dans l'empire byzantin, il est aisé de supposer que les réformes

[1] « Ἐκπίπτουσι τῆς νόμιμου κληρονομίας. » C'est pour ce motif aussi que la disposition y relative ne se trouve pas dans le tit. V (des testaments) mais dans le tit. VI (de l'hérédite *ab intestat*).

[2] Dans l'*Ecl.*, VI, 13, la plupart des manuscrits portent : Ἐκπίπτουσι τῆς νομίμου κληρονομίας οἱ μὲν παῖδες, κτλ. En suite de quoi, on s'attend à trouver : Οἱ δὲ γονεῖς, κτλ., et l'on est disposé à attribuer l'absence de ces mots à une lacune des manuscrits. A la vérité, l'*Ecloga privata aucta* (VII, 7), outre qu'elle ajoute aux termes de ce paragraphe plusieurs causes d'exhérédation qui ne figurent pas dans l'Ecloga primitive, continue ainsi qu'il suit : Ἐκπίπτουσι δὲ καὶ οἱ γονεῖς ἐκ τῆς τῶν παίδων νομίμου διαδοχῆς διὰ τὰς προειρημένας αἰτίας, πρὸς γὲ δὲ καὶ εἰ κωλύσωσι τοὺς παῖδας αὐτεξουσίους ὄντας διαθέσθαι· τὰς δὲ τοιαύτας ἀχαριστίας πολλὰς ἢ καὶ μίαν ἐξ αὐτῶν ὑπὸ τοῦ διατιθεμένου πάντως ἐν τῇ αὐτοῦ βουλήσει ἐγγράφεσθαι καὶ διὰ τῶν κληρονόμων αὐτοῦ ἐγγυμνάζεσθαι καὶ ἀποδείκνυσθαι· εἰ γὰρ μὴ ἐγγράψηται ὁ διατιθέμενος ἢ καὶ ἐγγραψαμένου αὐτοῦ οἱ κληρονόμοι αὐτοῦ μὴ ἀποδείξωσιν, ἀντ' οὐδένος εἶναι τὴν τοιαύτην ἀχαριστίαν, καὶ ὑπεισέρχεσθαι εἰς διαδοχὴν τὸν ἀλόγως ἀχαριστίαν αἰτιολογηθέντα. Mais, de même qu'on remarque déjà un retour au droit de Justinien dans l'Appendice de l'*Ecloga*, de même on en a la preuve plus manifeste encore dans le texte de l'*Ecloga privata aucta*, et particulièrement dans le passage précité. L'*Ecloga ad Prochiron mutata*, tit. VIII, ne contient pas ce passage ; elle s'est contentée d'ajouter le texte du *Proch.*, XXXIII, 18. Dans ces circonstances, et d'après l'ensemble de l'esprit dans lequel est conçue l'*Ecloga*, on devrait bien plutôt effacer le mot μὲν dans le passage οἱ μὲν παῖδες, et reconnaître qu'il y avait eu dans l'esprit des rédacteurs l'intention d'omettre les causes d'exhérédation des parents.

de l'Ecloga n'ont pas dû résister à la renaissance de la législation de Justinien, au neuvième siècle. En effet, on en rencontre tout au plus quelques traces dans les recueils de droit privés. Les livres de droit officiels des empereurs macédoniens, au contraire, se fondent de nouveau en entier sur le droit successoral de Justinien, et, depuis cette époque, la législation byzantine, en cette matière, n'a pas adopté d'autres principes [1].

Pour ce qui a trait à la restauration du droit de Justinien, il semble, d'après les passages du Prochiron, que ses rédacteurs ne se sont pas eux-mêmes bien rendu compte de la théorie de l'hérédité nécessaire [2]. On sait [3], par l'histoire du Prochiron, que la grande compilation des Basiliques n'était pas encore terminée au moment où celui-ci fut publié, et surtout que ses auteurs n'étaient pas en mesure d'utiliser cet ouvrage, à partir du titre XXII. De cette manière, ces auteurs sont tombés au titre XXV (dans lequel on expose les principes de la nullité ou de l'invalidité partielles ou totales du testament) sur un ancien compendium d'Institutes, inconnu d'ailleurs, qui, pour partie, contient même du droit anté-Justinien [4] ; et ils en ont extrait des passages qui sont en contradiction formelle non-seulement avec la Novelle 115 de Justinien, mais encore avec les Institutes et avec le Code. Ils y ont ajouté, dans le titre XXXII, 1, les dispositions de la Novelle 18 sur la légitime des enfants, et, dans le titre XXXIII, 1-29, la Novelle 115, c. 3-5 pr. [5].

[1] Si néanmoins l'exposé que nous nous proposons d'en présenter est quelque peu développé, la cause en est aux jurisconsultes occidentaux, qui se réfèrent si fréquemment aux Basiliques, sans les avoir bien comprises ; et à cette autre circonstance que l'excellent ouvrage de Καλλιγᾶς, V, § 65, sur le droit romain en vigueur dans le royaume de Grèce, aurait besoin d'un supplément de ce genre.

[2] Une confusion semblable à celle qu'il y a dans *Proch.*, tit. XXV, règne dans la sc. d'un ms. que donne Labbæus, *Obss. in syn.*, p. 125. Comp., *Basil.*, édition Heimb., IV, p. 43, note 4.

[3] Comp., l'édition du *Proch.*, p. xc, de l'auteur.

[4] Comp., les annotations sur Harm., V, 5, 1-4, dans l'édition de *Reitz*.

[5] Avec quelques légères modifications. Comp., l'édition de l'auteur, p. 172, note 11 ; p. 174, note 28 (à la fin de laquelle, il faut ajouter : « tit. IV, c. 24, note 39. ») L'*Ecloga*, V, 6, a peut-être été l'occasion de la première interpolation. Sur le dernier passage, comp. encore *Epan.*, XXXIV, 4, sc. d. — Les rédacteurs du *Prochiron* ne semblent pas avoir été bien d'accord sur la différence à établir entre l'exhérédation et la perte

Les rédacteurs de l'Epanagoge ont, à leur tour, suivi l'exemple du Prochiron : le titre XXXII de l'Epanagoge s'accorde en tous points avec le titre XXV du Prochiron ; le titre XXXIV, 1, de l'Épanagoge est pareil au titre XXXII, 1, du Prochiron ; et dans le c. 4, jusqu'à la fin, l'Epanagoge reproduit la Novelle 115, c. 3-5 pr.

L'ancien scoliaste de l'Epanagoge a déjà remarqué les erreurs et les contradictions dans lesquels l'Epanagoge et le Prochiron sont tombés. Après avoir fait observer en passant[1] que la légitime est due aussi aux ascendants (et cela jusqu'à concurrence du tiers), il fait ressortir en particulier[2] que Οὗτος ὁ τίτλος (Proch., tit. XXV, et Epan., tit. XXXII) ἔν πολλοῖς διασφάλλεται, et que les nullités qui y sont indiquées pour cause de non-exécution des prescriptions de la législation sur les héritiers nécessaires formels « ἐνὶ λόγῳ τῷ τῆς ρέ νεαρᾶς κανόνι ἐμπίπτουσι, » c'est-à-dire que, dans ces cas, suivant la Novelle 115, l'institution d'héritier est renversée d'une manière absolue, et que le testament ne produit ses effets que pour le surplus.

§ 43. — Héritiers nécessaires. — Système des Basiliques.

Si nous passons maintenant à la manière dont les Basiliques ont reproduit la théorie du droit de succession nécessaire, nous voyons que les rédacteurs de ce recueil, en essayant de combiner les sources du droit de Justinien, devaient rencontrer les questions controversées relatives au point de savoir quel était le rapport des Novelles 18 et 115 avec l'ancien droit. La solution était évidemment d'autant plus difficile pour eux qu'ils devaient se borner, d'après leur plan, à choisir parmi les sources et à juxtaposer les textes, en y mêlant quelques interpolations et gloses très-brèves. Il n'est pas aisé de décider s'ils se sont bien rendu compte de la difficulté de leur projet, ni s'ils l'ont exécuté,

du droit héréditaire pour cause d'indignité. C'est pour cette raison que l'on a introduit νεαρῶς (circonstance que nous pouvons indiquer dès à présent), à la fin du titre sur l'exhérédation, trois nouvelles causes particulières d'indignité. *Proch.*, XXXIII, 30-32.

[1] *Epan.*, XXXIII, sc. e.

[2] *Epan.*, XXXII, sc. a. f.

d'autant que le livre XXXV des Basiliques ne nous est pas parvenu avec des scolies ni dans sa forme primitive.

Les Basiliques traitent des héritiers nécessaires formels, d'après le droit civil, dans le livre XXXV, tit. VIII ; de la *inofficiosi querela* (περὶ μέμψεως διαθήκης) dans le livre XXXIX, tit. I ; de la *contra tabulas bonorum possessio* (περὶ ἀγαθῶν διακατοχῆς ἐναντιώσεως διαθήκης), dans le livre XL, tit. III.

On possède une ancienne [1] scolie qui se rapporte à ce dernier titre et qui porte ce qui suit [2] : Ὁ παρῶν τίτλος κατὰ τὸ κρατοῦν περιττὸς ἐστι· τῆς γὰρ μετὰ τὸν κώδικα νεαρᾶς ῥητὰς αἰτίας ἀπαριθμουμένης παρ' ἃς εἴ τις ἐξηνερεδατεύσει ἢ πραετεριτεύσει τὸν ἑαυτοῦ παῖδα, ἀκυροῦται μὲν ἡ ἐνστασις, δίδονται δὲ πάντα τά ληγάτα, χώραν οὐκ ἔχει ὁ παρὼν οὔτε ὁ ἐπόμενος τίτλος· ἀνάγνωθι αὐτοὺς διὰ τὰ ἐν αὐτοῖς κείμενα παράτιτλα. Ainsi, en thèse générale, on y considère la *bonorum possessio contra tabulas* comme supprimée : toutefois, le titre qui en traite doit néanmoins contenir des dispositions (παράτιτλα) importantes sous d'autres rapports.

A la vérité, c'est aussi dans ce sens seulement que le titre du Digeste *de B. P. c. t.* a été inséré et arrangé dans les Basiliques ; une série des passages les plus essentiels y ont été omis : par exemple, l. 4, § 2, D. *l. c.* que la *bonorum possessio* n'est pas donnée contre le testament d'une femme : ou, l. 8, pr, *eod.*, qu'elle n'appartient pas aux exhérédés, et que ces derniers ne peuvent invoquer que l'*inofficiosi querela*, et d'autres passages semblables[3]. De même les scolies des anciennes sources n'ont été ajoutées à ce titre, en tant qu'elles concernaient des παράτιτλα, que par extraits.

De même que la *bonorum possessio contra tabulas*, le droit civil des héritiers nécessaires formels est considéré dans les Basiliques comme abrogé dans son ensemble par la Novelle 115. Les rédacteurs des Basiliques ont, il est vrai, inséré dans le livre XXXV, titre VIII, les titres correspondants du Digeste et du Code[4], mais seulement à cause des παράτιτλα : la

[1] Comp., § 40, note 455.

[2] *Basil.*, édition Heimb., IV, p. 60. L'auteur (*Anonymus*) renvoie à ce passage, p. 163, sc. 2.

[3] Le titre XII tout entier du livre VI. C., *De B. P. c. t.*, n'est pas reproduit.

[4] On ne saurait préciser si cette insertion a été intégrale ou si elle n'a

Novelle 115 est placée à la fin, comme reproduisant le dernier état du droit. On fait, en outre, ressortir d'une manière spéciale dans le livre XXXIX, 2, 5, des Basiliques, au moyen d'une interpolation dans le texte [1], la circonstance que la rupture du testament par l'arrivée d'un *postumus*, est restreinte dans ses effets à l'annulation de l'institution d'héritier.

On peut se faire, il est vrai, cette question : Doit-on considérer comme παράτιτλα les passages du Digeste et du Code insérés dans les Basiliques, et relatifs à l'ancien droit formel des successions nécessaires, civil et prétorien, et jusqu'à quel point doivent-ils être suivis dans la pratique? Ce que Michel Psellus dit en général des Basiliques : Ἀλλ' ἐστὶ δυσερμήνευτον, ἀλλ' ἀσαφὲς ἐσχάτως, s'applique tout particulièrement à cette question [2]. — Par exemple, faut-il encore se préoccuper de la forme de l'exhérédation (désignation spéciale s'appliquant à tous les degrés, etc.), à l'égard des *liberi*, lorsque leur omission est accompagnée de l'indication d'une cause légale dont la preuve peut être fournie? Dans les *Basiliques* [3], on reproduit les anciennes dispositions sur la forme et le mode de l'exhérédation : mais il n'est pas dit si c'est à titre de règle pratique ou de souvenir historique, quoique l'omission de la loi *ultima* C. *De liberis præteritis* [4] semble indiquer que les rédacteurs des Basiliques ont jugé à propos de faire disparaître toutes espèces de formalités. — De même il y a lieu de se deman-

été faite que moyennant certains retranchements ou interpolations; en effet, le livre XXXV est un de ceux qui ont été restitués.

[1] Un scoliaste plus récent critique à la vérité cette interpolation, en ce qu'elle jette de la confusion dans l'interprétation historique; mais, au fond, il n'en conteste pas l'exactitude. *Basil.*, édition Heimb., IV, p. 44; comp. aussi Πεῖρα, XIV, 2; LXVII, 1.

[2] Les jurisconsultes byzantins étaient même indécis sur le choix des règles d'interprétations à suivre pour résoudre de semblables questions. Suivant Πεῖρα, LI, 6, un juge admettait que des passages isolés insérés dans les Basiliques, quand ils étaient, par exemple, extraits du Digeste, fussent considérés comme abrogés par d'autres passages extraits du Code. Le scoliaste, indiqué dans la note 2, p. 491, paraît considérer une semblable interprétation comme nécessaire et justifiée. Par contre, *Magister Eustathius Romanus* soutenait que οὐδὲν τῶν κειμένων ἐν τοῖς βασιλικοῖς εἶναι τῶν ἀνῃρημένων, ἀλλὰ ... κρατεῖν κατὰ τοὺς οἰκείους καιροὺς καὶ τὰς ὑποθέσεις.

[3] *Basil.*, XXXV, 8, 1, 3. — Comp., en outre, Πεῖρα, LIV, 3; LXVII, 3; Harm., V, 5, 9; 9, 6

[4] Comp., plus haut, § 40, note 3, p. 489.

der si la *exheredatio bona mente* est rappelée dans les Basiliques[1] comme droit historique ou pratique. Sous ce rapport et d'autres semblables, les Basiliques fournissent, sans contredit, un vaste champ à l'interprétation.

Si, du moins, l'on peut tenir pour certain que, selon les Basiliques, les *sui* prétérits ou exhérédés *non rite* ne peuvent pas invoquer l'ancienne *hereditatis intestati petitio* (celle qu'on appelle la *querela nullitatis ex jure antiquo*), et que les *liberi* prétérits, ou exhérédés *non rite*, ne peuvent pas invoquer la *bonorum possessio contra tabulas*, il reste encore à rechercher quel moyen de droit on leur accorde, dans leur intérêt, en cas de non-observation des prescriptions de la Novelle 115. On comprend que c'est nécessairement le même moyen de droit que celui qui appartient au descendant d'une femme ou aux ascendants, lorsque les dispositions de ladite Novelle ont été méconnues à leur encontre. Mais quel est-il ?

On n'ignore pas que certains jurisconsultes de l'Occident ont admis une *querela nullitatis ex jure novo*. On rencontre aussi parfois, chez les jurisconsultes byzantins, des expressions générales et incertaines qui seraient susceptibles d'être interprétées dans ce sens. Mais on n'en trouve aucune trace positive dans les Basiliques[2]. Bien plus, l'ancienne *inofficiosi querela* (μέμψις τῆς διαθήκης) y apparaît[3] partout comme constituant une voie de recours unique et généralement usitée : et, si elle a été dans une certaine mesure transformée ou modifiée par la Novelle 115, c'est uniquement en ce qui concerne ses conditions d'exercice et ses effets. Pour l'exercer, il ne suffit plus de prétendre que c'est à tort qu'on a été omis, il faut soutenir que l'on n'a rien obtenu ἐν ἐνστάσει, et que le défunt n'a eu aucun motif légal et probable pour la prétérition. L'action n'a plus pour objet la rescision du testament dans son entier, mais seulement celle de l'institution d'héritier. Toutes les autres règles de la *inofficiosi querela*, qui ne sont

[1] *Basil.*, XXXV, 8, 16 ; XLIX, 4, 9. Comp. la scolie (de Dorotheus) dans *Basil.*, édition Heimb., III, p. 773.

[2] Dans Πεῖρα, XXV, 75, il est, par exemple, question d'un κατὰ τῆς διαθήκης ῥῆξις, que les ascendants omis ont le droit de faire valoir. Mais, au fond, ce n'est que l'*inofficiosi querela* que l'on a en vue.

[3] *Basil.*, XXXIX, 1. — Comp. aussi la nouvelle scolie dans *Basil.*, édition Heimb., I, p. 633.

pas en opposition avec cette innovation de la Novelle 115, par exemple la prescription de cinq ans[1], continuent à subsister.

D'après ce que nous avons fait remarquer au § 40 sur les vues des jurisconsultes du temps de Justinien, ces vues paraissent avoir été, sous tous les rapports, communes aux rédacteurs des Basiliques. C'est d'ailleurs avec une certaine habileté que les rédacteurs des Basiliques ont procédé à la compilation du titre, περὶ μέμψεως διαθήκης : ils ont intentionnellement transporté plusieurs passages du Digeste *de bonorum possessione contra tabulas* dans le titre des Basiliques, traitant de la μέμψις usitée[2]. En outre, ils ont sciemment laissé de côté une série de passages du titre du Digeste et du Code *de inofficioso testamento*, comme n'ayant plus d'application pratique, depuis la Novelle 115, et en tant que ne l'ayant plus[3]. Enfin, il faut aussi faire observer qu'ils ont choisi pour rubrique du titre, non pas celle du Digeste et du Code *de inofficioso testamento*, c'est-à-dire περὶ ἀκαθηκούσης διαθήκης, mais celle qui désignait la voie de recours : περὶ μέμψεως διαθήκης.

En résumant rapidement ce qui précède, nous pouvons définir le système des Basiliques comme suit : le droit de succession nécessaire, tant formel que matériel, est fondu en un seul par la Novelle 115, et le second, modifié par les Novelles 18 et 115, conserve seul une valeur pratique. Il n'y a plus de ἐναντίωσις τῆς διαθήκης[4], mais seulement la μέμψις τῆς διαθήκης, modifiée par la Novelle 115.

Il eût été conforme à l'esprit de ce système de supprimer complétement la légitime des frères et sœurs (§ 40), suivant l'exemple donné par l'Ecloga et le Prochiron. Mais, comme on attachait à la Novelle 115 le caractère d'une loi corrective, on hésita à laisser de côté, dans la compilation des Basiliques, les passages qui traitaient de la légitime des frères et sœurs, sans avoir reçu sur ce

[1] *Basil.*, XXXIX, 1, 56, 58. — Voir aussi la scolie précitée, et Harm., V 6, 5; 9, 20.

[2] *Basil.*, XXXIX, 1, 30 et suiv.

[3] Par exemple, l. 17, § 1; D., *h. t.* (*Basil.*, édition Heimb., IV, p. 7, sc. 4). Comp., en général, *Basil.*, édition Heimb., IV, p. 17, 20, 21, 32, 33 et suiv., où l'on peut se faire facilement une idée générale des passages qu'on a omis, au moyen des notes marginales.

[4] Comp., § 40, et § 44, note 3, p. 504.

point un ordre formel de l'empereur. On a, au contraire, donné à tous les frères et sœurs la légitime, en effaçant dans les passages y relatifs la restriction écrite en faveur des *germani* et des *consanguinei* seuls, et cela, en considération de ce que Justinien avait, du reste, placé les *uterini* sur la même ligne que les *consanguinei*[1]. Mais il faut aussi considérer comme modifiée sous les autres rapports la légitime des frères et sœurs, en ce que la μέμψις τῆς διαθήκης qui leur est accordée, ne produit plus que l'annulation de l'institution d'héritier. Ceci n'est pas dit textuellement dans les Basiliques. Mais on indique d'une manière générale l'annulation de l'institution d'héritier comme étant, d'après le droit nouveau, l'effet que produit la *querela*, et l'on a omis à dessein, dans les Basiliques, ceux des passages du Digeste et du Code qui, suivant l'ancien droit, attribuent à la *querela* des effets plus étendus[2]. D'où il suit que, selon la législation des Basiliques, la *querela* des frères et sœurs peut renverser l'institution d'héritiers sujets à reproche, mais que, pour le surplus, elle laisse subsister le testament.

Remarquons, en terminant, que l'élévation de la légitime dans la Novelle 18 de Justinien[3], a été admise dans les Basiliques, ainsi que dans l'Ecloga, et qu'elle a été étendue à la légitime des ascendants et frères et sœurs[4]. C'est pourquoi les passages dans lesquels il était question de la *légitima* comme comprenant une *quarta* ont tous été interpolés : au lieu de *quarta* on a mis τρίτον ou τετρασύγκιον[5]. Dans la législation antérieure à la Novelle 18, toutes les fois que la loi attribuait à quelqu'un une portion de biens, c'était de la *quarta* qu'il s'agissait, par analogie de la *lex falcidia*. Désormais la *quarta* se trouve partout remplacée par le τρίτον, comme νόμιμος μοῖρα[6], si bien que

[1] *Basil.*, XXXIX, 1, 48, 52 ; comp. les novelles de l'auteur, p. 226 ; *Psellus*, V, 281, 558 et suiv. ; 1066 et suiv.

[2] Voir note 486, et les passages qu'on y cite.

[3] Elle se trouve dans *Basil.*, XLI, 4, 2.

[4] *Basil.*, édition Heimb., IV, p. 149, sc. 4.

[5] *Basil.*, XXXIX, 1, c. 8, th. 7, 10 ; c. 21, 38, 41, 51 (où dans l'édition Heimb., on a encore traduit par erreur le mot τετρασύγκιον par celui de *quadrans*), 53, *passim*.

[6] Nous indiquerons, plus bas (§ 51), que ce système a été étendu à la *quarta* que, selon la *loi falcidia*, l'héritier peut retenir à l'encontre du légataire. — Pour plus de détails, Comp. *Basil.*, édition Heimb., IV, p. 53, sc. *Calocyri*.

la *quarta D. Pii* qui appartenait au mineur adrogé, fut changée en un τρίτον[1]. On aurait dû élever de même au tiers la légitime de la veuve pauvre et non dotée : mais il n'en a pas été ainsi, malgré l'inconséquence[2].

§ 44. — Héritiers nécessaires. — Droit postérieur et droit moderne.

La succession nécessaire ou droit à la légitime telle qu'elle a été organisée par la Novelle 115 de Justinien, et formulée dans les Basiliques, n'a été changée par aucune loi postérieure.

Mais comme le Prochiron en donnait une exposition incomplète, pleine de contradictions et en partie surannée (§ 42), et qu'il était toujours suivi dans la pratique, à côté des Basiliques, comme présentant un résumé officiel de la législation en vigueur, il devait forcément résulter de là une grave perturbation dans la pratique et la théorie. Il paraît, il est vrai, suivant la Πεῖρα[3], que le droit des Basiliques a été appliqué dans les Cours souveraines de Constantinople, qu'un extrait en a été fait avec

[1] *Basil.*, XXXIII, 1, 18 ; XXXIX, 1, 8 th. 16, et sc. 29 ; XLII, 3, 2 th. 2 ; XLIX, 6, 13 ; *Psellus*, V, 259, 478.

[2] *Basil.*, édition Heimb., III, p. 315. On donnait, sans doute, pour raison que la novelle 18 avait, il est vrai, modifié l'*ancien* droit, mais qu'elle ne concernait pas les prescriptions *plus récentes* de la novelle 53, c. 6, et de la novelle 117, c. 5. — Nous croyons devoir faire observer, en outre, que les byzantins calculent la légitime, non pas comme une *pars portionis ab intestato*, mais, conformément au texte de la novelle 18, comme un tiers (soit, le cas échéant, une moitié) de l'hérédité. Comp., *Epanag.*, XXXIV, sc. a. (Ici on serait porté à lire : ἐκ τοῦ τρίτου τῆς ὑπ., au lieu de ἐκ ταύτης τῆς ὑποστ.) Πεῖρα, XLI, 3 (où nous lisons, p. 187, ligne 6 : ἕκτῳ, au lieu de : ἑτῳ, i. e. πέμπτῳ, et ligne 9 : τρὶτον, au lieu de : ς τον, c'est-à-dire, ἕκτον), 4, 8, 18, 22 ; *Psellus*, V, 786-799. Au surplus, cette manière de calculer fait comprendre l'observation du scoliaste de l'*Épanagoge*, tit. XXXIII, sc. e.

[3] Il ne faut pas oublier de remarquer qu'une nouvelle terminologie semble avoir pris naissance. On distingua avec raison l'action au moyen de laquelle l'héritier nécessaire prétérit ou exhérédé *non rite* renverse l'institution d'héritier, et l'action à fin de parfaire la légitime, dans le cas où le réservataire a été institué pour une portion moindre. On nommait la première ἐναντίωσις, la seconde μέμψις (Πεῖρα, LXVII, 2, sc. in *Basil.*, édition Heimb., III, p. 623). Il est évident, dès lors, que les plus grands malentendus naissaient, quand on confondait l'une avec l'ancienne ἐναντίωσις, c'est-à-dire la *bonorum possessio contra tabulas*, et l'autre avec l'ancienne μέμψις, c'est-à-dire avec la *querela inofficiosi*.

assez d'intelligence dans la *Synopsis*, et qu'il a passé de là dans plusieurs livres de droit[1]; mais on trouve néanmoins plus d'une preuve[2] d'erreurs répandues dans cette doctrine; et en même temps les ouvrages de droit, qui ont été plus tard en usage, montrent jusqu'à l'évidence la confusion qui s'était élevée à ce sujet. L'*Epanagoge aucta*, l'*Epitome ad Prochiron mutata*, le *Prochiron auctum*, reproduisent l'un à côté de l'autre les titres correspondants ou les passages du Prochiron et de l'Epanagoge (en partie avec les anciennes scolies de celle-ci), ainsi que des extraits d'autres sources, le tout d'une manière souverainement confuse et contradictoire.

Harménopule[3], tout particulièrement, a si bien confondu le droit usuel et le droit abrogé, dans les extraits qu'il a faits, que l'on essayerait en vain de constituer un système complet de la succession nécessaire, d'après l'ensemble des titres consacrés à ce sujet.

Dans ces circonstances, il n'y a pas lieu de s'étonner que, sous la domination turque, l'intelligence et la connaissance du droit successoral légitime aient disparu presque complétement[4], et qu'à leur place aient surgi des usages indéterminés, locaux[5], n'ayant de commun qu'un seul principe, à savoir, l'existence d'un droit appartenant aux plus proches parents sur le patrimoine du défunt.

Dans le royaume de Grèce actuel, le manuel d'Harménopule

[1] Ainsi, par exemple, dans le πονήμα de *Michael Attalensis*, dans le Μικρὸν Δ, 43, 46, 47; Φ, 1; X, 17. — *Blastares*, K, 12, et Φ, 1, on se borne à un extrait des novelles 18 et 115.

[2] Comp. la collection de novelles, de l'auteur, p. 226, et une scolie de la *Synopsis* qui se trouve dans *Basil.*, édition Heimb., III, p. 565.

[3] Comp., lib., V, tit. v, vi, ix, x.

[4] *Manuel Malaxus* (Θέμις, VII, p. 224 et suiv.), indique les causes d'exhérédation des enfants selon le *Prochiron*, et cela de manière que, à défaut de l'une de ces causes, ils ne peuvent pas enlever à leurs enfants τὸ δίκαιον τῶν μερτικῶν αὐτῶν. Dans c. 214, il est question de la *Falcidia*, comme d'une *quarta*, qui doit rester à l'héritier. (Toutefois ce chapitre ne se trouve pas dans d'autres manuscrits.) Le Πηδάλιον, p. 327, contient une exposition erronée, empruntée à Harménopule, dans laquelle on condamne certaines coutumes contraires, suivies dans les îles.

[5] *Geib.*, p. 56; *Maurer*, I, p. 138; II, 464; Εὑρετήριον, III, p. 301. — Là où les filles dotées sont exclues de la succession *ab intestat* (§ 31), il est évident qu'elles ne sont pas non plus réservataires.

a provisoirement obtenu force de loi ; mais, d'après ce que nous venons de dire, il s'en faut qu'on ait fait disparaître, par ce moyen, l'incertitude dans la doctrine sur la succession nécessaire ou la légitime. Toutes les fois que la jurisprudence néo-grecque a eu à s'en occuper, elle a été forcée de s'affranchir d'Harménopule et de revenir au droit de Justinien ou des Basiliques[1].

L'incertitude du droit byzantin postérieur paraît aussi avoir exercé une influence fâcheuse sur le Code valaque[2]. En principe, celui-ci n'invalide l'institution d'héritier que dans le cas où un légitimaire a été omis; mais quand, dans un testament, on a institué une personne autre que le légitimaire, et qu'il survient un *postumus*, le testament doit être annulé dans son ensemble. Le taux de la légitime[3] est fixé autrement que dans le droit byzantin : le légitimaire obtient la moitié, les deux tiers, les trois quarts, et ainsi de suite du patrimoine du défunt. L'exhérédation des enfants seule est admise, et seulement pour les causes suivantes qu'il faut indiquer dans le testament : 1° lorsque l'enfant a outragé ses parents ; 2° lorsqu'il ne les a pas secourus dans leur maladie ou leur détresse ; 3° lorsqu'il ne les a pas rachetés de l'esclavage ; 4° lorsqu'il a attenté à leurs jours.

Enfin, en ce qui concerne le Code moldave[4], il donne, à quelques légères modifications près[5], une exposition très-claire et complète du droit de succession nécessaire, tel qu'il est réglé dans les Basiliques. Le Code moldave se distingue ici, de même qu'en d'autres points, par une codification simple et fidèle de la législation byzantine. C'eût été sans contredit un bonheur pour le royaume de Grèce, si l'on avait connu et provisoirement adopté ce Code, au lieu de confirmer provisoirement « πολιτικοὶ

[1] Voir, par exemple, l'excellente étude qui se trouve dans l'ouvrage sur le droit romain en vigueur dans le royaume de Grèce, de Καλλιγᾶς, contre laquelle il n'y a qu'une critique à faire, c'est qu'elle ne s'est pas suffisamment rattachée aux Basiliques.

[2] Τμῆμα δ' κεφ. γ', §§ 33, 34, 36, 37, 40, 41.

[3] La légitime a, au surplus, dans le Code valaque, de même que dans plusieurs coutumes grecques, le caractère d'une quotité indisponible, — une *réserve* en opposition avec la *partie disponible*.

[4] §§ 965-1005.

[5] Par exemple, l'exclusion de la fille dotée. Voir, plus bas, § 50.

νόμοι τῶν Βυζαντινῶν Αὐτοκρατόρων, οἱ περιεχόμενοι εἰς τὴν ἑξάβιβλον τοῦ Ἁρμενοπούλου. » Et, en ce moment même, la commission chargée du soin de préparer un projet de Code civil, au lieu de prendre le Code Napoléon pour base de son travail, aurait mieux fait de se proposer pour modèle le Code moldave.

TITRE III. — ACQUISITION DE L'HÉRÉDITÉ.

CHAPITRE I.

DE L'ACQUISITION DE L'HEREDITAS ET DE LA BONORUM POSSESSIO.

§ 45. — Droit de Justinien.

Comme le préteur n'avait pas le pouvoir de faire réellement héritiers ceux qui n'étaient pas déjà héritiers d'après le droit civil, il avait dû se borner, dans les réformes dont nous avons déjà parlé (*corrigendi* et *supplendi juris civilis causa*), à accorder dans son édit la possession des biens laissés par le défunt, et, au besoin, comme moyen d'acquérir cette possession, une voie de recours (*interdictum quorum bonorum*[1]). Pour l'obtention de cette *bonorum possessio*, il avait fixé certains délais et un ordre de succession (*successorium edictum*) dans lequel il accordait aussi aux héritiers du droit civil (*adjuvandi juris civilis causa*) la *bonorum possessio*, à la place où il consentait à reconnaître leur droit héréditaire. Est-ce la rigueur et la dureté du droit civil, ou bien la pensée de hâter, dans l'intérêt des créanciers, une acquisition et par suite une régularisation de la succession, qui ont poussé le préteur à insérer dans son édit les premières dispositions de ce genre? il importe peu. Quoiqu'il en soit, on vit se développer peu à peu à côté du système de l'*hereditas* du droit civil, un système complet

[1] Une scolie à moitié illisible du manuscrit du Code conservé à Vérone, semble vouloir dire que cet interdit s'appliquait spécialement aux choses héréditaires corporelles, et se distinguait par là de l'*hereditatis petitio* (voir *Zeitschr. f. gesch. R. W.*, XV, 126). Peut-être faut-il y lire : σημ. ἁρμόζει τούτῳ καὶ *hereditatis petitiov* ἐστὶ διαφορὰ τοῦ *interdictov* καὶ τῆς εἰρημένης ἀγωγῆς, ὅτι — — σωματικῶν νομὴ — ἀσωμάτων δὲ νομὴ οὐ. Comp. aussi *Glossæ nomicæ*, v° Ἰντέρδικτον κόρουμ βονόρουμ.

de la *bonorum possessio* : l'un et l'autre, bien qu'il y eût de nombreux points de contact, se sont cependant développés d'une manière indépendante, et sont restés distincts l'un de l'autre, non-seulement au point de vue de la vocation à l'hérédité, mais encore par rapport à l'acquisition du droit héréditaire et aux effets de cette acquisition. C'est ainsi qu'au temps des jurisconsultes romains classiques, les deux systèmes étaient encore en présence, distincts et séparés l'un de l'autre, et ce n'est que peu à peu qu'ils furent rapprochés de plus en plus, soit par la pratique, soit par diverses constitutions impériales.

C'est pourquoi nous trouvons encore partout les mots *hereditas* et *bonorum possessio* juxtaposés dans les Institutes, le Digeste et le Code de Justinien qui, en somme, ne sont que des compilations d'ouvrages antérieurs. Il est difficile d'y mettre à part ce qui n'a plus qu'une signification purement historique, et de déterminer jusqu'à quel point l'*hereditas* s'est confondue avec la *bonorum possessio* en un seul tout, alors surtout que Justinien, dans les lois plus récentes et principalement dans les Novelles, n'ajoute plus aucune importance à cette distinction.

Parmi les divers *ordines*, d'après lesquels l'édit du préteur déférait la succession des biens d'un homme libre[1], la *bonorum possessio contra tabulas* était entièrement écartée par la Novelle 115[2], et la *bonorum possessio intestati* pour la plus grande partie[3] par la Novelle 118 : comme *necessariæ* (c'est-à-dire celles au moyen desquelles on arrivait à la succession à défaut de vocation du droit civil), il n'y avait plus que la *bonorum possessio secundum tabulas* (pour une série de cas particuliers où le testa-

[1] *Stephanus*, dans son Commentaire I des *Basil.*, XXXIX, 1, 6, expose très-bien le système des *bonorum possessiones*.

[2] Comp., § 40, *in fine*.

[3] Ceux que la novelle 118 appelait à la succession, pouvaient-ils tous invoquer la *B. P. unde legitimi*, et par conséquent cette clause est-elle encore *utilis?* Il n'est pas bien facile de préciser la manière de voir des jurisconsultes de l'époque de Justinien sur ce point. Il faudrait résoudre affirmativement la question par analogie du paragraphe 4, J., *De bon. poss.* : « *sufficit eis... unde legitimi* ». Et, à la vérité, *Enantiophanes* semble le faire dans sc. *in Basil.*, XLV, 1, 9. Le même dit toutefois, dans *Basil.*, édition Heimb., I, p. 82, que le délai d'agnition ne court plus pour les ascendants et les descendants.

ment était invalidé d'après la rigueur du droit civil [1]), et la *bonorum possessio unde vir et uxor*.

Lorsqu'on obtient une *bonorum possessio*, il n'existe plus aucune différence entre elle et une *hereditas*. Que maintenant il soit douteux que l'*interdictum quorum bonorum*, d'après le droit de Justinien, ait appartenu à l'*heres* aussi bien qu'au *bonorum possessor*, cela est indifférent, puisque, après l'abolition de toute différence de procédure entre l'*interdictum* et l'*actio*, toute distinction pratique entre cet interdit et la *petitio hereditatis* avait disparu [2].

Mais, pour ce qui regarde l'acquisition même, la législation de Justinien [3] contient d'autres règles pour l'*hereditas* que pour la *bonorum possessio*. Le *suus et necessarius heres* acquiert l'hérédité purement et simplement et de plein droit [4], l'*extraneus* l'acquiert au moyen d'une *aditio* (extrajudiciaire) ou d'une *pro herede gestio*, sans être astreint à aucun délai déterminé. — La *bonorum possessio*, au contraire, est acquise par une déclaration devant justice [5], déclaration pour laquelle on a fixé des délais spéciaux. Les jurisconsultes contemporains de Justinien n'ont jamais songé à considérer comme effacée cette différence entre l'*hereditas* et la *bonorum possessio* [6], et elle subsiste encore

[1] Comparez surtout, pour ces cas, le Commentaire de *Kobidas* sur *Basil.*, XXXIX, 2, 12.

[2] C'est pourquoi les deux actions sont désignées dans les Basiliques par les mots de : ἐκδίκησις τῆς κληρονομίας. *Basil.*, XL, 9 ; XLII, 1. Comp. aussi sc. *Theodori* sur *Basil.*, XL, 9, 3.

[3] Inst., II, 19; III, 9, § 4 à 7.

[4] Les jurisconsultes contemporains de Justinien se servent des expressions ἀναφαίνεσθαι, δίκαιον ἀναφάνσεως.

[5] Suivant l'ancien droit, au moyen d'une *petitio* spéciale (αἴτησις), devant le magistrat compétent : — suivant le nouveau droit (l. 8, 9, C., *Qui admitti*), au moyen d'une simple *agnitio* (ἐπίγνωσις) devant un magistrat quelconque.

[6] C'est ce que *Leist* a essayé de prouver par les scolies des Basiliques (*Bonorum possessio*, II, § 155). Mais *Thalelæus* (*Basil.*, XL, 1, c. 24, sc. 2, et c. 25, sc. 1), *Stephanus* (*Basil.*, XXXIX, 1, 6, sc. 6), *Anonymus* (*Basil.*, XL, 1, 3, sc. 13), *Théodorus* (*Basil.*, XL, 1, 24, sc. 1, et *Breviar. Nov.*, nov. 66, c. 1), font ressortir la nécessité de l'agnition; ils font seulement observer que l'αἴτησις devant le magistrat n'était plus nécessaire, et qu'une ἐπίγνωσις devant un juge quelconque (τὸ διαμαρτύρασθαι παρὰ οἱῳδήποτε δικαστῇ — πράξεως ὑπομνημάτων μέντοι συνταμένης —), faite dans les délais prescrits, était suffisante. Quand *Théophile* (Inst., III, 9, 10) et *Théodore* dans sc. 1, *Bas.*, XL, 9, 3, semblent ne pas exiger l'agnition judiciaire,

distinctement dans le dernier état de la législation justinienne.

Sans doute, il est étonnant que cette différence, dont la raison d'être avait disparu par suite de la fusion générale de l'*hereditas* et de la *bonorum possessio* dans la législation la plus récente, n'ait pas été également abolie par Justinien, comme l'avaient été d'autres différences qui existaient entre le droit civil et le droit prétorien, et que cet empereur avait effacées en fondant les deux droits en un seul ; mais cette omission s'explique dans une certaine mesure : Justinien semble avoir pensé qu'en donnant la faculté d'accepter *cum beneficio inventarii* et en réduisant le délai de la *deliberatio* dans la loi 22 C. *De jure deliberandi*[1], il avait assez fait pour ôter à cette différence tout te portée pratique.

§ 46. — L'*Ecloga*.

Si, dans la législation de Justinien, la distinction entre l'*hereditas* et la *bonorum possessio* n'a conservé tout au plus qu'un caractère historique, il est à peine besoin de dire que, dans un exposé du droit usuel aussi succinct que l'Ecloga, il ne s'en trouve aucune trace. L'expression usitée pour désigner la *bonorum possessio* διακατοχή, s'y montre[2], il est vrai, mais seulement avec la signification plus générale de *succession*.

le premier ne fait que se conformer aux expressions de Justinien, qui renvoie aux lois 8, 9, C., *Qui admitti* ; le second, au contraire, en renvoyant à des explications précédentes, indique en quel sens il veut qu'on entende ses observations. (Il faut, en effet, lire précisément dans le passage auquel il renvoie : σήμερον οὐ χρεία αἰτήσεως διακατοχῆς). — Les ῥοπαί, XVI, 1 ; XXIV, 16, ne nous apprennent rien de précis ; dans ce dernier texte, le délai d'agnition paraît être devenu un délai général pour accepter. La *Glose de Turin* sur les Institutes (Savigny, *Gesch. des R. R. im Mitt.*, II, p. 459, 461), note 318, dit bien qu'il n'y a aucune différence, en ce qui concerne l'acquisition de l'hérédité, entre l'*heres* et le *bonorum possessor*, mais elle rappelle néanmoins (note 329) le *statutum tempus*.

[1] Il est regrettable que les Commentaires de *Thalelæus* et de *Theodorus* sur cette constitution n'aient pas été entièrement conservés. On trouve des fragments du Commentaire du premier dans le *Tractatus de debitis* (Heidelb., *Jahrb.*, 1841, p. 551), et dans la Πεῖρα, XVI, 13. Il y a d'autres fragments qui peuvent servir à l'intelligence de la l. 22, C., *cit.*, dans Schneider, *Krit. Jahrb.*, 1846, p. 840. Comp. aussi αἱ ῥοπαί, XI, 10 ; XV, 2, 3 : *Basil.*, édition Heimb., III, p. 619, et § 46, note 1, p. 512.

[2] *Ecl.*, V, 7. L'*Ecloga privata aucta* porte, au surplus, διαδοχῆς, au lieu de διακατοχῆς. Comp. la note suivante.

En ce qui concerne plus particulièrement les règles de l'acquisition de l'hérédité, l'Ecloga renferme les principes suivants :

Il est nécessaire qu'une succession soit appréhendée. Il le faut pour que les dernières volontés du défunt soient accomplies, et aussi dans l'intérêt des créanciers. Au premier point de vue, l'Ecloga statue, dans le titre V, DES TESTAMENTS [1], que si, dans l'espace d'une année, l'héritier n'a pas accompli les charges à lui imposées par le testateur, il perd la succession, sauf la légitime à laquelle il peut avoir droit [2]. En conséquence, on accorde un délai d'une année à l'héritier testamentaire pour faire l'adition. Quant aux créanciers du défunt, l'Ecloga, dans le titre VI, DE LA SUCCESSION AB INTESTAT, statue de la manière suivante :

§ 8. « Lorsque l'héritier a pris connaissance de la valeur des biens délaissés, et qu'il sait qu'il y a des dettes, il doit faire in-

[1] *Ecl.*, V, 7. Le même passage est reproduit dans l'*Epitome ad Proch. mutata*, tit. XXXII, sous la rubrique : Ἐκ τοῦ συντόμου κεφ. ί. (Comp. Ἀνεκδ, p. 212 de l'auteur). Dans l'*Ecloga privata aucta*, V, 6, ce passage est conçu ainsi qu'il suit : Πᾶς δὲ κληρονόμος [εἴτε ἐξ ἐγγράφου] εἴτε ἐξ ἀγράφου βουλήσεως μὴ πληρῶν τὰ κατὰ νόμους βεβουλευμένα τῷ διατιθεμένῳ μεθ' ὑπόμνησιν καὶ δικαστικὴν ψῆφον καὶ ἑνιαυτοῦ τῆς ἐπὶ τοῦτῳ καταδίκης παραδρομὴν, εἰ μὲν ἐκ τῶν συγγενῶν ἐστὶν ὁ τὰ διατεταγμένα μὴ πληρῶν, τὴν ἐποφειλομένην αὐτῷ ἐξ ἀδιαθέτου νόμιμον μοῖραν κομιζόμενος καὶ μόνον ἐκ τῆς λοιπῆς τοῦ διατιθεμένου περιουσίας ἐκπιπτέτω, καὶ ταύτην περιέρχεσθαι εἰς τοὺς ἐαθέντας συγκληρονόμους αὐτοῦ ἢ λεγαταρίους ἢ εἰς τοὺς ἑτέρους συγγενεῖς πρὸς διαδοχὴν ἐξ ἀδιαθέτου καλουμένους· εἰ δὲ ξένοι κληρονόμοι εἰσὶν [οἱ] τὰ βεβουλευμένα μὴ πληροῦντες, ἐκπιπτέτωσαν τελειῶς τῆς ὅλης διαδοχῆς.

[2] Il n'est pas douteux que cette disposition n'ait été copiée de la novelle 1 de Justinien, ainsi que le prouve plus clairement encore la manière dont elle est conçue dans l'*Ecloga privata aucta*. Seulement tandis que, dans la novelle précitée, on doit compter l'année à partir de la sommation judiciaire qui a eu lieu après l'appréhension de la succession, il n'est pas question d'un point de départ semblable dans l'*Ecloga*. C'est ce qui est établi d'une manière précise dans un texte remarquable que l'*Epitome ad Proch. mut.*, XXXII, 13, a conservé : Δεῖ σημειώσασθαι τὸν ἀναγινώσκοντα τοῦτο τὸ κεφάλαιον τὸν προσδιορισμὸν τούτου τοῦ χρόνου τοῦ παρασυρμοῦ τοῦ πληροῦντος κληρονόμου τὴν διατύπωσιν τοῦ τελευτήσαντος, ὡς ἑνιαύσιον αὐτὸν ὁρίζει ὁ νόμος, ἀλλ' οὐχὶ μετὰ τὴν τελευτὴν τοῦ διατιθέμενου ἀπαριθμεῖ τοὺς ιβ' μῆνας, ἀλλα καὶ μετὰ τὸ ἐγκληθῆναι αὐτὸν ὑπὸ τοῦ νομοθέτου (?) καὶ κριθῆναι πληρῶσαι τὰ διατεταγμένα. Ἡμεῖς δὲ κελεύομεν, ἀπὸ τῆς τελευτῆς τοῦ διατιθέμενου τὸν ἑνιαύσιον χρόνον τηρεῖσθαι. (Comp. aussi la Coll. Novell., p. 226, de l'auteur.

semblance que, jusqu'à cette époque, on avait entièrement ignoré dans la pratique les successions particulières d'après le droit prétorien, ainsi que les règles spéciales de les acquérir ; règles qui avaient déjà disparu dans le droit de l'Eclóga, et que l'Épanagoge et le Prochiron ne mentionnent pas davantage. Il ne reste plus qu'à savoir si, par la publication des Basiliques, ces règles spéciales ont été remises en vigueur.

La *Synopsis* [1] dit : Διακατοχὴ ἐστὶ δίκαιον τοῦ ἐξεῖναι κρατεῖν τὴν οὐσίαν ἢ τὰ πράγματα τοῦ τελευτήσαντος· κινεῖται δὲ παρὰ μὲν τῶν [ἐκ] πλαγίου συγγενῶν ἐντὸς ρ' ἡμερῶν, παρὰ δὲ τῶν κατίοντων [καὶ ἀνίοντων] ἐντὸς ἐνιαυτοῦ. L'*Epitome ad Prochiron mutata* ajoute au titre XXIII (περὶ διαθήκης ἀπελευθέρων) un supplément περὶ διακατοχῆς, qui est un extrait du titre VI, 9, *Qui admitti* du Code (Basil. XL, 1, 17 et suiv.), et qui est terminé par cette observation de Théodore que la demande de la διακατοχὴ n'est plus obligatoire [2]. Un scoliaste plus récent des Basiliques XL, 1. 2, th. 4, n'admet aucune différence entre l'agnition judiciaire et la *pro herede gestio*. *Psellus* (v. 304 et suiv.) mentionne les délais de l'agnition. La Πεῖρα, titre LII, parle de la διακατοχὴ, sans se rendre compte de sa nature, et indique les délais de l'agnition d'une manière inexacte. — Le Μικρὸν Δ, 49 et K, 68 reproduit le passage de la *Synopsis*. Enfin Harménopule I, 3, 31 (avec la scolie) et V, 6, 7, suit également la *Synopsis* et en partie la Πεῖρα. C'est là tout ce qu'on trouve dans la littérature juridique du temps sur la *bonorum possessio*, et la manière de l'acquérir d'après les Basiliques. Il n'y a partout que des notions vagues, souvent incomplètes ou erronées, et il ne faut pas penser à les trouver sainement appliquées dans la pratique.

Ces observations nous fournissent la réponse à la question posée plus haut : La restauration de la législation de Justinien par les Basiliques dans l'empire byzantin, eut le même effet que la réception de cette législation dans l'Occident : le droit des suc-

μνήμης λεγομένη διακατοχὴ pour désigner la *b. p. secundum tabulas* ou *secundum nuncupationem*. Enfin, ἀγωγή, ἣν ὁ νόμος (*sic*) τοῖς συγγενέσι δίδωσιν et ἀγωγή, δι' ἧς ὁ ἀνὴρ ἢ γυνὴ συγγενῶν μὴ ὄντων κληρονομοῦσιν (*sic*) ἀλλήλους, pour désigner la *b. p. unde cognati* et *unde vir et uxor*. — La *missio legatorum servandorum causa* est même traduite par διακατοχὴ, *Basil.*, XLIV, 31.

[1] Dans l'édition de *Leunclajus*, p. 370.

[2] Voir *suprà*, § 45, p. 509, note 6.

cessions fut envisagé dans la pratique comme un droit unique, et, en conséquence, on perdit de vue les prescriptions spéciales concernant l'agnition de la *bonorum possessio* et les délais dans lesquels elle devait être faite. L'usage devenu constant de nommer des ἐπίτροποι (§ 39), en présence desquels il ne pouvait plus être question de l'acquisition de l'hérédité, avait peut-être fourni aux byzantins une raison de plus pour agir de la sorte. Dans le cas où il n'y avait pas d'ἐπίτροποι, l'appelé pouvait acquérir l'hérédité par une manifestation explicite ou implicite de sa volonté [1]. Il n'était lié, dans ce cas, par aucun délai. L'avidité des agents du fisc, qui aimaient de préférence à appréhender [2] les successions vacantes, était suffisante pour activer le zèle des ayants droit, et les pousser à ne pas différer trop longtemps leur déclaration ; d'autre part, l'appelé pouvait être forcé judiciairement à se prononcer sur la poursuite de toute personne intéressée. C'est pour ce motif qu'on lui accordait, pendant un certain laps de temps, le *beneficium inventarii* qui le garantissait du danger d'accepter une succession obérée [3]. Il pouvait, en outre, se faire accorder par le juge un délai pour délibérer [4]. Enfin la prescription de la Novelle 1 de Justinien, d'après laquelle l'héritier ou le gratifié sont tenus d'accomplir les charges qui leur incombent dans l'espace d'un an, sous peine de perdre leur droit successoral, semble avoir été communément comprise [5] en ce sens, qu'il y avait lieu à leur faire une sommation judiciaire préalable d'exécuter ces charges, mais que cette sommation ne supposait pas nécessairement que l'héritier eût réellement accepté la succession.

Enfin, pour ce qui concerne le droit moderne, les principes exposés en dernier lieu, ont été exposés dans la même forme par

[1] *Harm.*, V, 8, 18.

[2] Comp., § 29, p. 463, note 2, et § 30, p. 466, note 3.

[3] *Mich. Attal.*, XXIV (*Leuncl.*, 35); Μικρὸν Α, 31 ; Κ, 20; *Harm.*, V, 9, 23; 12, 21.

[4] *Harm.*, V, 8, 8. D'après le Code moldave, § 1035, on n'accorde qu'un délai de cent jours ; d'après le Code valaque, Τμ. δ' Κεφ. γ', § 6, on accorde un délai de six mois, et dans l'intervalle on nomme un *curator hereditatis*.

[5] *Basil.*, XLI, 4, 1 ; — *Syn. ed. Leuncl.*, p. 336 ; — *Harm.*, V, 8, 51. — dans les paragraphes 846, 847, le Code moldave reproduit de nouveau les prescriptions de la novelle I.

le Code moldave[1]. Le Code valaque[2] renferme des règles pareilles; toutefois le *beneficium inventarii* y a été très-restreint et les prescriptions de la Novelle 1 n'y figurent pas. Dans le royaume de Grèce, il n'est plus question, d'après le Code de procédure civile[3], de l'obtention d'un délai pour délibérer, et l'acceptation sous bénéfice d'inventaire a été soumise à des règles nouvelles[4].

CHAPITRE II.

DU RAPPORT.

§ 48. — Introduction.

Lorsque le préteur appela les *liberi* à la *bonorum possessio*, soit *contra tabulas*, soit *unde liberi*, sans distinguer s'ils étaient héritiers suivant le droit civil ou s'ils ne l'étaient pas, il rattacha cette vocation à la condition que l'émancipé, en venant à la succession en concours avec un *suus*, rapportât à celui-ci la portion de biens qu'il eût acquise pour le *parens*, en vertu de la *patria potestas*, s'il était resté sous la puissance de ce dernier jusqu'à sa mort, et qui, de la sorte, eût accru à l'hérédité paternelle (*collatio bonorum*). — De même, le préteur statua que la *filiafamilias* mariée et dotée qui, à la mort du père, est seule investie du droit d'exercer la répétition de la dot constituée, devait rapporter ce droit de répétition, ou, en d'autres termes, sa dot aux autres enfants venant avec elle à la succession (*collatio dotis*).

Ces dispositions, qui reposent sur le principe de l'égalité de tous les enfants appelés à la succession, sont tombées en désuétude, principalement par suite de l'abrogation de la *possessio bonorum contra tabulas* et *unde liberi*[5]. La législation impériale a, tout au contraire, donné une autre forme à l'obligation du rapport (συνεισφορὰ), tout en se fondant sur le même principe, de telle sorte que, d'après le droit de Justinien :

1° Tous les descendants sont tenus de rapporter la *dos* ou

[1] § 1020-1053.

[2] Τμ. δ' κεφ. γ', §§ 6-11.

[3] Πολιτικὴ δικονομία, §§ 560, 1074-1079.

[4] Καλλιγᾶς σύστημα, V, p. 399 et suiv. Comp., Εὐρετήριον, III, p. 361 et suiv.

[5] Comp., *Basil.*, XLI, 7, 1, sc. 2 (d'*Anonymus*).

propter nuptias donatio octroyée par l'ascendant *de cujus*, de même que d'autres biens déterminés, comme par exemple une *militia*[1];

2° En particulier, les descendants émancipés sont tenus de rapporter[2] aux *sui* tout ce qu'ils ont acquis *ex re patris*;

3° Enfin ce rapport a lieu tant en cas de succession *ab intestato*, qu'en cas de succession *ex testamento*[3].

§ 49. — Système de l'*Ecloga*.

Si nous nous demandons comment est formulée la théorie du rapport dans l'Ecloga, il faut, avant tout, constater comment celle-ci définit les rapports de droit et les relations pécuniaires entre parents et enfants. En principe, on admet que les enfants vivent dans une communauté de biens avec leurs parents, et qu'ils sont tous ὑπεξούσιοι. Ce n'est que dans des cas spéciaux, que nous avons mentionnés au § 11, qu'il arrive que la communauté est dissoute et que tous les enfants deviennent αὐτεξούσιοι. Par là, on exclut la possibilité d'un rapport à faire par l'émancipé, par la raison que les descendants qui sont héritiers, sont tous ou ὑπεξούσιοι ou αὐτεξούσιοι. Seulement, lors de la dévolution de la succession des père et mère aux enfants, il peut arriver que l'un de ces derniers a acquis un établissement (*militia*) des deniers de ses parents et, que par ce moyen, il s'est créé une for-

[1] L. 17, 19, 20, C., *De collat.* (*Basil.*, XLI, 7, 32, 34, 35). D'après la novelle 97 de Justinien, *Théodore* (*Breviar. nov.* 18, § 8, et nov. 97, § 9), admet que la dot qu'on a reçue d'un tiers doit être également rapportée (comp. aussi *Basil.*, XLI, 7, 20, sc. 1). *Athanase*, X, 6, reproduit avec prudence, sans les examiner de plus près, les passages de la novelle mal comprise par Théodore. *Julien* en a donné une interprétation exacte, c. 345 (comp., en outre, sc. 1, *Basil.*, XLI, 7, 12).

[2] L. 17, *fine*, et l. 21, C. *De collat.* — *Stephanus* (*Basil.*, XXXIX, 1, 21, sc. 1, *in fine*, où il faut lire : « *Ex re patris*, » au lieu du mot : ἐξνεφεδάτων, mot dépourvu de sens) réduit ce rapport aux choses que l'émancipé a acquises *ex re patris*. *Thalelæus*, au contraire (à qui est emprunté *Basil.*, XLI, 7, 36), et *Theodorus* (*Basil.*, XLI, 7, 19, sc. 1) veulent aussi faire rapporter l'οὐσούφρουκτον τῶν λοιπῶν πραγμάτων. Comp. aussi *Harm.*, V, 8, 25.

[3] *Nov. Justiniani*, 18, c. 6. Voir dans *Basil.*, XLI, 7, 20, *sc. ult.*, une singulière interprétation de Théodore. Elle a passé dans l'*Ecloga ad Proch. mutata*, tit. VI et dans *Harm.*, V, 8, 29. Comp. aussi *Stephanus in Basil.*, XXIV, 1, 13, sc.

tune personnelle ; il est évident que, dans cette hypothèse, il y a lieu au rapport du prix payé par les parents pour la *militia*, à moins de dispense volontaire[1].

L'Ecloga ne parle naturellement pas du rapport de la *donatio propter nuptias*, puisqu'elle avait abrogé cette donation (§ 11) ; mais elle ne parle pas non plus du rapport de la dot. Faut-il donc admettre la fille dotée au partage de l'hérédité pour portion égale avec ceux de ses frères et sœurs qui sont restés dans la communauté de famille, sans l'obliger à imputer sa dot sur cette portion ? Une pareille supposition serait en opposition flagrante avec l'esprit de l'Ecloga. Il convient plutôt de partir de ce point de vue, que la fille dotée a été considérée comme ayant reçu sa part et portion, et exclue de la succession de ses père et mère, tant qu'il existe d'autres enfants non encore dotés. Cette hypothèse explique suffisamment pourquoi l'Ecloga ne dit rien nulle part d'une *dotis collatio*, et elle est confirmée par l'existence d'une semblable *consuetudo*, qui se montre constamment dans tout le droit byzantin, et qui, dans des temps plus récents, a été de nouveau pleinement reconnue[2].

Si, d'après ce qui précède, on comprend pourquoi et comment l'Ecloga ne parle que d'une *collatio* de la *militia*, elle contient cependant[3] une disposition qui a quelque analogie avec la première, et qui mérite d'être signalée. L'Ecloga suppose le cas où des frères et sœurs, dont l'un est soldat, ne partagent pas la succession après le décès des père et mère, et continuent la communauté sans arrêter aucune espèce d'accord à ce sujet. En pareil cas, toute acquisition, tout gain des frères et sœurs est commun, même ce que le soldat acquiert à titre de don ou de butin, *à partir du jour de son entrée dans l'armée*. Lorsque cette communauté se prolonge pendant plus de dix ans, le soldat prélève, lors du partage, le cheval, la selle, la bride, le char et la cuirasse (par conséquent l'attirail de guerre) ; après treize ans, il reçoit, en outre, ce qu'il a économisé sur sa solde ; tout le reste

[1] *Ecl.*, XVI, 3. Ainsi, à défaut de dispenses expresses, il en est de même pour la succession testamentaire.

[2] Comp., § 29, p. 463, note 4 ; § 30, p. 466, note 1 ; § 31, p. 490, note 8 ; § 44, p. 504, note 1 ; § 50, *in fine*.

[3] *Ecl.*, XVI, 2, avec lequel il faut comparer l. 52, § 6, 8, D., *Pro socio* ; *Basil.*, XII, 1, 50 ; Πεῖρα, XXI, 3.

est partagé par portions égales. — Il faut remarquer en cela deux choses : d'abord l'Ecloga semble considérer la continuation de la communauté de la famille et des biens après la mort des parents, comme un cas assez ordinaire, et de plus elle prescrit, même pour ce cas, un rapport général du gain individuel (même du *castrense peculium*).

§ 50. — Droit postérieur.

Lorsque la législation de Justinien fut remise en vigueur et que les Basiliques la republièrent, l'idée de la communauté de famille perdit partout la consécration légale que l'Ecloga avait cherché à lui donner. Pour ce qui touchait à l'obligation du rapport, on fit simplement retour au droit de Justinien. Tandis que les titres du Digeste et du Code et les Novelles, où cette matière est traitée, étaient insérés dans les Basiliques[1], le Prochiron (et aussi l'Epanagoge) reproduisit la prescription de la loi 1. C, *Qui testamento*, par opposition aux dispositions de l'Ecloga sur la continuation de la communauté entre frères et sœurs[2], et prescrivit, d'après la loi 17, C. *De collat.*, le rapport de la *dos* et de la *propter nuptias donatio*[3]. Le scoliaste de l'Epanagoge[4] remarque à ce sujet que, en général, les αὐτεξούσιοι étaient tenus de faire rapport aux ὑπεξούσιοι de tout ce qu'ils avaient reçu antérieurement de l'ascendant *de cujus*, et le Μικρὸν[5] (de même qu'Harménopule[6]) rappelle, suivant Michel Attalensis[7], cette obligation plus étendue du rapport imposée aux descendants.

Le principe de l'Ecloga que la fille dotée doit être, d'une manière absolue, exclue de la succession, n'a pas seulement été

[1] *Dig.*, XXXVII, 6, 7 ; *Cod.*, VI, 20 ; *Nov.* 18, c. 6 ; 97, c. 6 ; *Basil.*, XLI, 7.

[2] *Proch.*, XXI, 11 ; *Epan.*, XXIX, 12.

[3] *Proch.*, XXX, 12 ; *Epan.*, XXXIII, 13.

[4] Tit., XXXIII, sc. c.

[5] Tit. XXVI (*Leunclav.*, 38).

[6] Σ, 17.

[7] *Harm.*, V, 8, 23-34. On y mentionne aussi le rapport en cas de succession testamentaire, quoique d'une manière contradictoire ; le *Prochiron*, l'*Epanagoge*, le Μικρὸν, l'omettent complétement.

omis par prétérition; le Prochiron et l'Epanagoge[1] insistent intentionnellement sur ce point que le père, en dotant sa fille, ne pouvait pas la priver de ses droits successoraux ultérieurs, même par une clause expresse. Cette disposition est reproduite dans tous les autres livres de droit postérieurs[2], y compris le *Nomocanon* de *Manuel Malaxus*[3].

Or, c'est précisément cette insistance qui rend vraisemblable la supposition que l'exclusion de la fille dotée de la succession paternelle était une coutume profondément enracinée dans les mœurs, et cela est confirmé par une Novelle de Jean Comnène le Grand[4] qui, à propos de cet usage, statua que la Θυγατὴρ ἐξώπροικος οὐκέτι κληρονομήσει τὸν ἴδιον πατέρα ἀδιάθετον τελευτῶντα, εἰ μήπου μὴ ἔχει ἄλλον υἱόν ἢ θυγατέρα ὑπεξούσιαν[5]. Et quand la connaissance du droit écrit disparut de plus en plus sous la domination turque, cette ancienne coutume arriva de nouveau à être généralement reconnue[6]. Enfin, elle a trouvé sa confirmation dans les Codes moldave[7] et valaque[8], et, en fait, elle est devenue le droit commun dans le royaume de Grèce.

TITRE IV. — DES LEGS.

§ 51. — La Falcidie.

Les particularités qui distinguaient les legs et les fidéicommis[9] dans l'ancien droit romain, sont déjà tellement effacées par Justinien, et toutes les règles sur les dispositions par actes de dernière volonté y sont déjà transformées en une théorie si parfaite, qu'elles ne laissaient au droit byzantin aucun progrès à faire.

[1] *Proch.*, XXXII; *Epan.*, XXXIII, 11. C'est la loi 3, C., *De collat.* (*Basil.*, XLI, 7, 21), qu'on reproduit ici. Comp. aussi, *Bas.*, XLV, 1, 26.

[2] Par exemple : Μικρὸν Θ, 15; *Blastares*, K, 15; *Harm.*, V, 8, 23.

[3] Chap. CCX (reproduit dans la Θέμις, tome VII).

[4] Coll. IV, nov. 50.

[5] L'Ὑπεξουσιότης semble être conçue dans ce texte, selon l'esprit de l'*Ecloga*, comme étant la condition des enfants non émancipés qui se trouvent dans la maison paternelle.

[6] *Geib.*, p. 53; *Maurer*, I, p. 143; II, p. 440; Εὑρετήριον, III, p. 301.

[7] § 1013.

[8] Τμ. δ' κεφ. γ', § 17.

[9] Les expressions grecques usitées sont : Λεγάτον ou ληγάτον — φιδεικομμισσον, πίστει καταλιμπανόμενον, ἀποκατάστασις.

L'Ecloga [1] pouvait donc résumer toute cette matière dans cette proposition que les legs doivent être acquittés; le Prochiron [2] et l'Epanagoge [3] ne sont guère plus explicites à cet égard.

Quant à la forme des dispositions de dernière volonté dans lesquelles il est permis de faire des legs, nous en avons déjà parlé en détail plus haut (§ 34-36) [4]. Par contre, il faut remarquer que la *quarta*, qui devait être réservée intacte à l'héritier grevé, suivant la *lex falcidia*, a été élevée au *tiers* dans le droit byzantin postérieur. Pour la légitime et cette quarte, on a admis la norme unique de la νόμιμος μοῖρα ou du φαλκίδιος, et c'est pour ce motif qu'on a appliqué la Novelle 18 de Justinien à l'une et à l'autre [5]. C'est ce qui est clairement expliqué pour la première fois dans le Prochiron et les Basiliques [6]; dans l'Epanagoge [7] on l'a même fait en invoquant plus expressément l'analogie de la légitime. Aussi, les auteurs postérieurs désignent-ils généralement cette νόμιμος μοῖρα comme étant équivalente à un tiers [8].

[1] *Ecl.*, VI, 7.

[2] *Proch.*, XXXII.

[3] *Epanag.*, XXXVI.

[4] Lorsque Harménopule, V, 11, 23, dit, d'après la *Synopsis* : « Καὶ ἐν ἐπιστολῇ καὶ ἐν οἱῳδήποτε λιβέλλῳ καὶ ἀγράφως καὶ νεύματι ληγάτον καταλιμπάνεται », cela doit s'entendre dans l'hypothèse de la forme codicillaire (l. 22, C., *De fideicomm.*)

[5] Comp., plus haut, § 43.

[6] *Proch.*, XXXII, 2; *Basil.*, XLI, 1. — Dans l'*Ecloga*, il n'est pas question de cette *quarta*, mais on lit dans l'*Ecloga privata aucta*, tit. VII : Τὸ ὑπὸ τίνος ἐαθὲν λεγάτον ἐγγράφως ἢ καὶ ἀγράφως βουλευσαμένου ὑπὸ τῶν κληρονόμων αὐτοῦ ἐντελῶς διδόσθω, προὑφεξαιρουμένης ἐκ τῆς τοῦ διατιθεμένου ὑποστάσεως τῆς εἰς ταφὴν καὶ ἀναγραφὴν ἐμβέντου ἐξόδου καὶ δαπανημάτων, τῆς τε προίκος, τῶν χρεῶν καὶ ἐλευθεριῶν· καὶ πρὸς τούτοις ἀποκαθιστάσθω ἐντελῶς τοῖς ὑποῦσι γνησίοις τέκνοις ἢ γονεῦσι τῷ τελευτήσαντι ἡ νόμιμος μοῖρα, καὶ ἐκ τῶν ἐπολοίπων πραγμάτων δίδοσθαι τὰ ἐαθέντα λεγάτα· εἰ δὲ ξένος πρὸς δόσιν λεγάτων κληρονόμος ὁρισθῇ, δαπανωμένης εἰς λεγάτα τῆς τοῦ τελευτήσαντος περιουσίας, τότε ἐξ ἑκάστου ἐαθέντος λεγάτου λόγῳ κληρονομίας αὐτοῦ τετάρτην ἐγκρατείτω μοῖραν.

[7] *Epan.*, XXXVI, 2.

[8] Comp., Μικρὸν, K, 13; *Harm.*, V, 8, 2; *Glossæ nomicæ*, v° INTERDICTUM QUOD LEGATORUM; *Harm.*, V, 9, 3, *cum scholio*; — *Manuel Malaxus*, c. 214 (θέμις, VII. p. 225), parle de nouveau d'une *quarta*. Le Code valaque garde

§ 52. — Fidéicommis de famille.

On se tromperait si l'on croyait que la doctrine des fidéicommis de famille a obtenu une nouvelle extension dans le droit byzantin.

L'on conçoit sans peine que le droit romain primitif n'ait pas connu des institutions telles que celles des biens patrimoniaux allemands, ou des fidéicommis de famille, ou des majorats. Tout le patrimoine ne restait-il pas, en effet, de droit dans la famille, et le chef de famille ne pouvait-il pas, au moyen de l'émancipation ou de l'exhérédation des *filiifamilias*, prendre ses mesures pour que le patrimoine ne fût pas morcelé par un partage entre tous les ayants droit des membres de la famille? Mais quand, dans la suite, on abandonna l'ancienne base du droit des successions et qu'on commença à subordonner celui-ci à des considérations d'équité, on oublia de considérer que ce qui, vis-à-vis de chaque héritier, paraissait équitable, devenait, par le fait, un danger pour des intérêts politiques et sociaux supérieurs. Pour obvier à ce défaut du nouveau droit des successions, le meilleur moyen eût été de provoquer la création d'ordres de succession particuliers dans les familles. En fait, certaines traces montrent que, sous le régime impérial, on avait cherché un remède à cet état de choses dans l'organisation des fidéicommis de famille. Mais ces faibles essais ne furent pas continués. — Justinien a même, dans la Novelle 159, mis des barrières au développement ultérieur de cette institution.

Du reste, les Byzantins ont été loin de penser que la création des fidéicommis de famille pût s'allier avec une entière et égale affection pour la famille et une juste préoccupation de son avenir. Le spectacle d'un grand nombre de familles riches et puissantes rapidement anéanties, et d'un petit nombre seulement demeurées, par exception, florissantes pendant plusieurs générations[1]; ce spectacle, disons-nous, n'a cependant pas pu ap-

un silence complet sur ce point. Le Code moldave, § 859, semble vouloir accorder aux héritiers nécessaires seulement la retenue de la légitime, et refuser aux autres héritiers la retenue de la *quarta* ou du τρίτον.

[1] Comp., Coll. III, nov. 29, c. 1, et notamment notes 24 et 48 de l'édition de l'auteur.

peler leur attention sur le défaut de leur système successoral. Ils ont, au contraire, constamment entendu le devoir chrétien d'un amour égal pour les enfants et les parents, comme impliquant le partage égal de la succession entre tous les ayants droit. Cette manière de voir a été maintenue et professée par le clergé grec jusqu'à nos jours[1], et a fait que, dans le droit moderne, les fidéicommis de famille sont presque complétement inconnus[2].

§ 53. — Legs pieux.

Pendant que l'Église grecque s'opposait à un partage inégal entre les enfants, et par là à la création de fidéicommis de famille, elle a indirectement, quoique non à dessein, provoqué la multiplication des legs pieux. Il y a dans la nature humaine une tendance à laisser, après la mort, un souvenir durable de son individualité. Moins il est question d'autres fondations, plus les fondations pieuses prennent de développement. En outre l'Église, alors que depuis longtemps déjà le véritable esprit de famille avait disparu, à la suite des révolutions législatives déjà esquissées plus haut, concentra uniquement la pensée et l'action

[1] Le Πηδάλιον, p. 327, dit dans une note, : Ἀλλὰ καὶ ὁ μέγας Βασίλειος (ὁμιλ. ἡ εἰς τὴν ἑξαήμερον) διορίζει ὅτι οἱ γονεῖς, καθὼς εἰς ὅλα τῶν τὰ παιδία ἔδωκαν ἐξ ἴσου τὸ εἶναι καὶ τὴν ζωήν, ἔτζι παρομοίως χρεωστοῦν νὰ μοιράζουσιν ἐξ ἴσου εἰς αὐτὰ καὶ τὰς πρὸς τὸ ζῆν ἀφορμάς, τὰ πράγματα δηλαδὴ καὶ ὑποστατικά των, καὶ ὄχι εἰς ἄλλα μὲν παιδία περισσότερα νὰ δίδουν, εἰς ἄλλα δὲ ὀλιγωτέρα· ὅθεν μὲ πολλὰ ἐπιτίμια πρέπει νὰ ἐμποδισθῇ ἡ κατηραμένη συνήθεια, ὁποῦ πολιτεύεται εἰς πολλοῦς καὶ διαφόρους τόπους καὶ μάλιστα εἰς τὰ νησία, τὸ νὰ δίδουν δηλαδὴ οἱ γονεῖς εἰς τὸν πρῶτον υἱόν ἢ πρωτοθυγατέρα τὰ περισσότερα πράγματά των, καὶ τὰ ἄλλα παιδία νὰ ἀφίνουσιν ἔρημα ἀπὸ τὴν νόμιμον πρεῖκά των, ὡσὰν νὰ ἦτον νόθα καὶ ὄχι γνήσια· παρανομία μεγαλωτάτη! ἀφύσικος ἀσπλαγχνία, τὴν ὁποίαν δὲν ἔχουν τὰ θηρία ! καὶ κακία ὀλέθριος, ἡ ὁποία καὶ τοὺς γονεῖς βλάπτει ψυχικῶς, ὁποῦ τοῦτο κάμουν, καὶ τὰ παιδία τὰ ἄθλια, ὁποῦ ὑστεροῦνται. — Comp. aussi Εὁρετήρ., III, p. 298, ligne 25.

[2] Le Code moldave les mentionne dans la forme restreinte du droit de Justinien, § 782. Le Code valaque, qui admet, du reste, dans les Καμινία une espèce de biens allodiaux, garde un silence complet sur les fidéicommis de famille.

des hommes sur le salut de leur âme, et, dans cette vue, recommanda vivement les prières de l'Église, de même que les œuvres de charité et les legs pieux. Les fidèles ne pouvaient manquer d'assurer le salut de leur âme, et peut-être aussi la bonne réputation de leur nom, en répandant à l'envi des libéralités entre-vifs ou à cause de mort : dons pour des messes ou des vigiles, aumônes aux pauvres, rachat des prisonniers, donations et testaments en faveur des églises, des couvents, des chapelles, des maisons hospitalières, des hospices, des asiles pour les vieillards et les orphelins, ou fondation d'établissements de ce genre.

Ces dons et fondations, comme en général la propriété ecclésiastique, étaient déjà avantagés tout particulièrement sous Justinien, et entourés de priviléges nombreux[1]. La réaction qui eut lieu sous les iconoclastes, quelque profonde qu'elle ait été, ne fut cependant que passagère, et les barrières que l'empereur Nicéphore Phocas[2] essaya de poser à la maladie des dispositions pieuses, furent elles-mêmes bien vite renversées[3]. En général, la tendance à favoriser les églises, les couvents, et toutes libéralités pieuses, est un des traits les plus caractéristiques du droit byzantin ultérieur, et le nombre des Novelles et chrysobulles, par lesquelles les empereurs byzantins ont accordé des priviléges généraux ou spéciaux aux églises et autres établissements, est extraordinaire[4].

Parmi les priviléges généraux, il y en a un grand nombre qui rentrent dans le droit des successions, et qui sont pour la plupart rappelés plus haut[5]. En ce qui concerne les *legata ad pias causas*, les sources du droit byzantin ne se bornent pas à reproduire les dispositions qui avaient été édictées en leur faveur dans la législation de Justinien, par exemple, celles qui ont

[1] Comp., *Photii nomoc.*, tit. II, avec le Commentaire de *Balsamon*.

[2] Coll. III, nov. 19.

[3] Coll. III, nov. 26.

[4] Voir la collection de novelles de l'auteur : deux chrysobulles de l'empereur *Andronic Paléologue*, concernant l'église de *Joannina*, dont l'une est reproduite sommairement dans coll. V, nov. 29, ont été publiées par *Mustoxides* dans l'Ἑλληνομνήμων, et plus récemment dans la Χρονογράφια τῆς Ἠπείρου (Athènes, 1857), tome II, p. 294. — Parmi les priviléges *généraux*, il faut surtout signaler coll. II, nov. 14.

[5] Comp., §§ 30, 31, 38.

trait aux conséquences de la dénégation ou du retard du grevé[1]; on y trouve encore d'autres dispositions dont la portée est plus grande. Ainsi, certaines personnes qui sont proprement incapables de tester, peuvent néanmoins prendre des dispositions pour le salut de leur âme[2], et, en certains cas, la loi trace une procédure sommaire[3].

Les Grecs se distinguent, d'ailleurs, encore de nos jours, par une propension caractéristique aux dispositions à titre gratuit pour des fondations, sinon religieuses, du moins ayant un caractère d'utilité publique ; de même qu'à l'époque byzantine, ils se distinguaient par la multitude et l'étendue des donations au profit de l'Église. Des millions sont envoyés chaque année, non-seulement du pays même, mais du dehors, pour les établissements publics. C'est, pour les hommes d'État de la Grèce, une tâche du plus grand intérêt que celle de diriger cette tendance vers le but véritable, et de régler tout ce qui concerne les fondations sans perdre de vue les intérêts de l'État, ni les principes de l'économie politique.

[1] *Harm.*, V, 11, 45, 46. Les jurisconsultes byzantins paraissent avoir été d'un avis différent sur la question de savoir s'il y avait lieu de déduire la falcidie des legs pieux. *Athanas.*, II, 3 (édition Heimb., p. 36); *Théod. Brev.* nov. 131, § 15; *Basil.*, édition Heimb., IV, p. 90, sc.; Πεῖρα, XLI, 10, *Bals. ad Phot.*, II, 1 (édition Rhallis, p. 99).

[2] Comp., § 33, p. 475, note 3. Coll. I, nov. 26 (p. 52, ligne 12, édition de l'auteur).

[3] Comp., § 39, p. 487, note 10.

EUGÈNE LAUTH,
Substitut du procureur impérial à Wissembourg.

DE LA CONDITION
DES ENFANTS NÉS HORS MARIAGE
DANS L'ANTIQUITÉ ET AU MOYEN AGE
EN EUROPE.

TROISIÈME ARTICLE.

LÉGISLATIONS EUROPÉENNES
DEPUIS LA FIN DES TEMPS BARBARES
JUSQU'AUX DERNIÈRES ANNÉES DU DIX-HUITIÈME SIÈCLE.

ANGLETERRE, ÉCOSSE, IRLANDE.

Lorsque les Anglo-Saxons eurent envahi la Bretagne et introduit avec eux dans ce pays leurs institutions germaniques, les bâtards furent exclus de la famille, et les lois anglo-saxonnes affectèrent de ne jamais parler d'eux.

En 1066, la conquête normande vint encore retremper l'élément germain, et assurer définitivement sa victoire sur les débris des vieilles coutumes celtiques. Aussi le droit anglo-normand ne permet-il pas au bâtard de succéder à son père, il le déclare *nullius filius*, et ne lui reconnaît d'autres héritiers que ses descendants légitimes. A leur défaut, le roi hérite de tous ses biens [1].

De même qu'en France, la recherche de la maternité et de la paternité était admise en Angleterre ; mais dans le cas où l'enfant n'avait pas de parents connus, il restait à la charge de la paroisse où il était né [2] ; de là les dispositions du droit anglais relatives à la découverte de la paternité ; de là les peines infli-

[1] Glanville, *De legibus Angliæ*, VII, 16 ; Chamber's *Cyclopædia*.
[2] M. Kœnigswarter, *Essai sur la législation*, p. 52.

gées à ceux qui se mettaient dans le cas d'imposer cette charge à la paroisse. C'est ainsi que nous voyons la reine Élisabeth ordonner que les mère et père supposés du bâtard soient jugés et punis par deux juges[1]. Jacques Ier condamne à l'emprisonnement, dans une maison de correction, la mère de l'enfant né hors mariage[2]. Mais, remarquons-le, il n'y avait lieu d'appliquer ces décisions de Jacques et d'Élisabeth au père et à la mère, que lorsque l'enfant né de leurs œuvres était resté à la charge de la paroisse[3].

Quelques années après, George II alla jusqu'à décider que le juge pourrait, sur le seul serment de la femme enceinte, faire arrêter le père supposé du bâtard et le retenir emprisonné jusqu'à ce qu'il ait donné des garanties suffisantes pour indemniser la paroisse où est né l'enfant des frais qu'elle pourra avoir à supporter[4]. Ajoutons, toutefois, qu'on ne pouvait forcer la femme à répondre à quelque question que ce fût relative à sa grossesse, tant qu'un mois ne s'était pas écoulé depuis l'accouchement[5]. On craignait sans doute les effets fâcheux qu'auraient pu avoir, dans la position où elle se trouvait, les ennuis et les craintes que cette procédure n'eût pas manqué de lui causer.

D'après un usage particulier au canton de Middleton, dans le comté de Kent, la personne qui avait donné naissance à un bâtard perdait tous ses biens, et les voyait passer dans le domaine royal[6]. Une autre coutume bien plus singulière existait dans le comté de Stafford. Si un bâtard naissait à Knollwood, sous l'ombrage d'un certain chêne dépendant du manoir de Terley-Castle, aucune punition ne pouvait être infligée ; et ni le seigneur, ni l'évêque ne pouvaient prendre connaissance du fait[7].

Le serment de la mère, avons-nous dit, suffisait pour faire condamner le père présumé à l'alimentation du bâtard, ou à

[1] Stat. 18, Eliz., chap. III.
[2] Stat. 7, Jacq. Ier, chap. IV.
[3] Chamber's *Cyclopædia*, édition de Rees ; London, 1783.
[4] Stat. 6, George II, chap. XXXI.
[5] Stat. 18, Eliz.
[6] Chamber's *Cyclopædia*.
[7] Voir *Histoire de Stafford*, par Plott, p. 279 ; Chamber's *Cyclopædia*.

une indemnité. S'il parvenait à établir la fausseté de l'accusation, la charge incombait à la mère, et enfin, à son défaut, la paroisse était tenue de pourvoir aux besoins de l'enfant.

Il y avait en Angleterre deux moyens pour donner au fils naturel les droits d'un enfant légitime : l'adoption, qui fut plusieurs fois employée[1], et la légitimation par le roi ou le parlement[2]. Quant à celle par mariage subséquent, elle ne fut jamais complétement reconnue dans le royaume anglais ; elle n'avait d'effet que pour les ordres religieux. Les jurisconsultes sont unanimes sur ce point[3]. « Hæc quidem, dit l'auteur du *Fleta*, « constitutio provisa fuit, pro contrarietate legum et canonum, « quia quicumque nati sunt ante matrimonium, dum tamen « matrimonium consequatur inter patrem et matrem quoad « gradus promotionis, ad ecclesiasticam dignitatem, secundum « canonem, legitimi reputantur, quoad successionem vero in « bona paterna, secundum consuetudinem Angliæ, illegitimi et « bastardi, etc.[4]. »

Glanville n'est pas moins explicite : « Et quidem, dit-il, licet « secundum canones et leges romanas talis filius (subsequente « matrimonio legitimatus), sit legitimus heres, tamen secundum « jus et consuetudinem regni nullo modo tanquam heres in « hereditate sustinetur, vel hereditatem de jure regni petere « potest[5]. »

Tous les efforts de l'Église pour faire admettre les règles canoniques sur cette matière furent vains ; le droit canon, pas plus que le droit romain, ne se substitua au droit du pays. Ce fut à cette occasion que les barons d'Angleterre firent cette réponse célèbre : « Nolumus leges Angliæ mutari[6]. »

Il n'en fut point de même en Écosse ; le clergé avait fini par y faire admettre la légitimation par mariage subséquent. Les Écossais accordaient tous les droits d'un enfant légitime à l'enfant légitimé, ainsi qu'à celui qui était né d'un mariage putatif. Quant aux enfants naturels non légitimés, ils ne pouvaient ni

[1] M. Kœnigswarter, *Essai sur la législation*, p. 52.
[2] Chamber's *Cyclopædia*.
[3] Bracton, *De legibus Angliæ*, I, 4.
[4] *Fleta*, chap. XXXIX, § 4.
[5] Glanville, *De legibus Angliæ*, VII, 45.
[6] Statut de Merton de 1235, chap. V ; Chamber's *Cyclopædia*.

tester, ni recevoir, ni succéder. Ils n'avaient de successeurs que leurs enfants légitimes, et au défaut de ceux-ci, le roi. En résumé, à part la légitimation par mariage subséquent, due à l'influence du clergé, la position des bâtards en Écosse était la même qu'en Angleterre[1].

On sait que l'ancien droit irlandais n'établissait aucune différence entre les enfants légitimes et les enfants illégitimes. Ce droit resta en vigueur en Irlande jusqu'au règne de Jacques Ier. Sous ce prince, la vieille coutume irlandaise fut supprimée, et le droit anglais devint le droit commun de l'Irlande[2].

ALLEMAGNE.

Nous connaissons les vieux us de la Germanie; nous avons vu avec quelle rigueur Bavarois, Frisons, Allemands et Saxons traitaient les enfants nés hors mariage. Ces mêmes usages persistèrent longtemps en Allemagne et ne disparurent que dans les contrées où le droit romain réussit à s'implanter.

Au moyen âge, les bâtards, sans être positivemeut serfs, n'en valaient guère mieux; ils étaient généralement privés de tous les droits politiques; ils ne pouvaient être ni juges, ni échevins, ní témoíns; ils ne pouvaient se faire admettre ni à prêter serment, ni à soutenir un duel judiciaire. Il leur était surtout interdit de posséder un fief. « Clerici et mulieres, rustici et mercatores, et jure carentes et in fornicatione nati, et omnes qui « non sunt ex homine militari ex parte patris eorum et avi, jure « carent beneficiali[3]. »

L'introduction du droit romain en Allemagne fut des plus favorables aux enfants naturels; avec lui arrivèrent des principes nouveaux qui mitigèrent les anciens. Peu à peu, on s'accoutuma à ne plus regarder comme vils, abjects et incapables de toutes fonctions les malheureux produits d'unions passagères ou illicites. Mais ce changement ne s'opéra ni promptement ni

[1] M. Kœnigswarter, *Essai sur la législation*, p. 53; John Erskine, *The Institute of the law of Scotland*, Édimbourg, 1828, t. I, p. 155, et t. II, p. 918 et 919.

[2] M. Michelet, *Origines du droit français*, p. 63 et 64.

[3] *Vetus auctor De beneficiis*, publié par Homeyer, 1844; Berlin, chap. I, § 4.

spontanément. Il fallut qu'un recez de la diète de l'Empire ordonnât, en 1731, que, lorsqu'il s'agirait de l'admission d'une personne aux professions et métiers, on ne s'enquerrait plus de la légalité ou de l'illégalité de sa naissance[1].

Dans ses rapports avec ses père et mère, le bâtard allemand voyait varier ses droits, suivant qu'il appartenait à une contrée où le droit romain avait pénétré, ou qu'il était né dans une province fidèle aux vieux usages.

En Souabe, par exemple, le bâtard ne faisait partie ni de la famille de son père ni de celle de sa mère ; il était exclu de toute espèce de succession et ne pouvait rien recevoir de ses parents[2]. D'autres provinces, au contraire, reconnaissaient entre l'enfant naturel et sa mère des liens de parenté et les appelaient à la succession l'un de l'autre. La Saxe, qui avait d'abord observé le principe germanique contenu dans le Miroir de Souabe, s'était ensuite laissé gagner aux idées romaines, et le Miroir de Saxe réformé appela les bâtards à l'héritage de leur mère, « car on n'est pas l'enfant illégitime de sa mère[3]. »

La plupart des pays allemands adoptèrent bientôt la législation de Justinien relative aux droits successoraux des enfants naturels. Désormais ces enfants ne furent plus complétement étrangers à leur père ; ils eurent toujours droit à des aliments de sa part ; ils purent recevoir quelques libéralités de lui ; dans certains cas même, ils furent appelés à sa succession.

Lorsque le bâtard venait à mourir sans laisser d'enfants légitimes, sa succession, en Allemagne, passait à l'empereur, comme en France au roi. De l'empereur, ce droit passa aux chefs des différents États souverains qui se constituèrent dans l'empire germanique. Il paraîtrait même que dans la Souabe les biens du bâtard devaient toujours retourner au fisc, puisque les lois de ce pays ne permettaient pas à l'enfant naturel d'avoir des enfants légitimes. « Cil qui nest de leaul mariage ne peut avoir « leaul anfant. Et se il ha un anfant cil est bastar[4]. » A dater du

[1] M. Kœnigswarter, *Essai sur la législation*, p. 38.

[2] Miroir de Souabe, chap. XLVII, p. 9.

[3] Miroir de Saxe, cité par M. Michelet à la page 67 de ses *Origines du droit français*.

[4] Miroir de Souabe, chap. XLVII, p. 9.

seizième siècle, plusieurs des princes allemands renoncèrent au droit de bâtardise[1].

De toutes les institutions romaines, celle qui s'acclimata le plus difficilement dans l'empire des Césars allemands, ce fut la légitimation. Non pas que les peuples barbares d'origine germanique n'aient jamais permis au père naturel d'améliorer, à l'aide de quelques cérémonies, la position de son enfant, loin de là. M. Michelet nous fait savoir quelles étaient ces cérémonies[2]; mais elles n'avaient pas pour effet, comme la légitimation romaine, de placer les enfants naturels sur le même rang que les enfants légitimes. Les vieux principes germains s'opposaient à cette assimilation, et il fallut toute la ténacité de l'Église pour faire passer dans les mœurs et dans la pratique les coutumes qu'elle-même avait empruntées au droit romain. Pendant très-longtemps, ses efforts furent vains. Ce fut seulement au seizième siècle que la légitimation par mariage subséquent prévalut avec toutes ses conséquences. Depuis de longues années cependant, elle était déjà pratiquée en Souabe.

« Se uns hons ha une fame qui nest mariée et il ausy et hont « anfant autre aus uns ou plusours et lespose après per ce ma- « riage tuit li anfant quil avoient devant sunt leaul et poont « heriter fiez et héritage soit de père ou de mère ou de lour « autre parant de ce qui lour acherroit per raison diritage « ausy bien come de cex anfant qui vienroient après de ce « qu'il eust esposée[3]. »

Quant à la légitimation par rescrit du prince ou du pape, on ne la considérait pas généralement comme ayant pour objet d'habiliter le bâtard à succéder à ses parents. Elle se bornait ordinairement à faire disparaître le déshonneur attaché à une naissance illégitime. Sur ce point, les Miroirs de Saxe et de Souabe sont tout à fait d'accord.

« Et li pape, voit-on dans le Miroir de Souabe, lo puet bien « faire leaul et li ampereres sau lo droit d'autrui ansi come nos « vous dirons après, quar li pape ne li empereres ne lour puet

[1] M. Kœnigswarter, *Essai sur la législation*, p. 40.

[2] M. Michelet, *Origines du droit français*, p. 10-14.

[3] Le Miroir de Souabe, publié à Neuchatel en 1843 par M. Matile, d'après le manuscrit français de la bibliothèque de la ville de Berne, chap. CXLVII, p. 63.

« doner poer de heriter avoeque lour autres paranz ansi come se « il estoent leaul[1]. »

Tous les coutumiers allemands excluaient les enfants légitimés de la succession des fiefs; seul, le Miroir de Souabe les y appelait quand leur légitimation avait eu lieu par mariage subséquent. A partir du quatorzième siècle, une réaction s'opéra, et il fut bientôt reçu dans toute l'Allemagne que les bâtards légitimés seraient admis à la succession des fiefs.

Le droit allemand s'est toujours ressenti de ses origines; dans l'antique Germanie, on avait horreur des mésalliances et on les punissait sévèrement. Au moyen âge, on se montre moins sévère contre ceux qui contractent des unions disproportionnées; mais on attribue toujours aux enfants qui naissent de ces unions la condition de celui de leurs parents qui a la plus mauvaise[2].

C'était surtout la noblesse qui s'efforçait de conserver ces principes sur les mariages inégaux, dans l'espérance de se préserver des mésalliances. Mais comme ses passions n'étaient pas toujours d'accord avec ses intérêts, il arriva en Allemagne ce qui se passa autrefois à Rome. On imagina une combinaison qui pût satisfaire tout à la fois et les amours et l'orgueil aristocratiques. La noblesse adopta l'usage du mariage morganatique, image assez fidèle du concubinat romain. La femme morganatique, comme la concubine romaine, garde sa condition et ne partage pas les honneurs de son mari; les enfants qui naissent de leur union n'ont pas de droits à la succession de leur père; ils doivent, ainsi que leur mère, se contenter de ce qu'il aura bien voulu leur donner. Ce mariage, appelé aussi mariage de la main gauche, est ainsi défini par Myller : « Viri illustris et uxoris inferioris conditionis conjunctio legi- « tima, hoc pacto vel conditione, in favorem liberorum prioris « matrimonii aut agnatorum facta, ut uxor et liberi secundi « matrimonii certis bonis et annuis reditibus in pacto dotali « determinatis vivant, et contenti a cæteris bonis avitis et pater- « nis una cum titulo abstineant[3]. »

[1] Miroir de Souabe, chap. XLVII, p. 9.
[2] *Ibid.*, chap. LXIII-LXVII, p. 12.
[3] Myller, *Gamalogia personarum illustrium*, chap. VI, n° 8.

Le mariage morganatique, comme le concubinat romain, est une union légale ; les enfants qui en naissent sont légitimes[1]. Cet usage avait l'immense avantage d'assurer une position à la femme et aux enfants. Ces derniers même, à l'exception des fiefs, pouvaient succéder à tous les biens de leur père, s'ils ne se trouvaient pas en présence d'enfants nés d'un mariage contracté par lui avec une femme d'une condition égale à la sienne[2].

On a donné le nom de mariage morganatique à cette union, parce que, le lendemain des noces, l'homme faisait généralement à la femme qu'il avait ainsi épousée un présent appelé *morgengab*, ou *matutinum donum*[3].

Si le droit allemand du moyen âge en était arrivé à tolérer et même à reconnaître ce mariage inégal, cet *inæquale matrimonium*, en revanche il était toujours plein de sévérité pour les attentats contre la pudeur. Nous avons trouvé à propos du viol, dans le Miroir de Souabe, une disposition assez curieuse pour être rapportée.

« Se ce avient que uns hons prant une fame soit pucele ou « autre et lamoine en un chastel outre sa volunte, ou la trueve « an losteil et ele huche et se defanz et nul ne li vient an aye se « il ha janz an lostel qui ne li vienient au secor et ne facent « lour poair de li aider et ce se puet prover per trois dignes de « foy qui oyrent le cri et la huee de la fame lan doit jugier sor « cex de la maison en teil maniere. Lan lour doit les testes cou- « per lan doit tuer tot ce qui est an losteil, bestes, chaz, chiens, « gelines et tot ce qui était dedans a loure que cele ordure fut « faite. Se ele estoit pucele et lan puet prover par trois dignes « de foi, lan doit anterer tot vif celi qui a fait lo malifice et tel « ordure. Et sele nestoit pucele lan li doit cope la teste et doit « lan derrochier la maison ou cest avante.[4] »

[1] *Feudorum consuetudines*, liv. II, tit. XXIX.

[2] *Ibid.*

[3] M. Kœnigswarter, *Essai sur la législation*, p. 36 ; Miroir de Souabe, chap. XX, p. 5 ; Merlin, v° RÉPERTOIRE ; Van der Mueleu, *in Grotio*, Ultrajecti, 1700, t. II, liv. II, chap. VII, § 8, p. 272.

[4] Miroir de Souabe, chap. XXXIII, p. 45 ; voir aussi chap. CXCVI, p. 35, et chap. LXXXVII, p. 54.

ISLANDE, NORWÉGE, SUÈDE ET DANEMARK.

Ce que nous avons déjà dit des mœurs et des coutumes scandinaves nous dispensera d'entrer dans de grands développements sur la législation qui régissait, dans les pays baignés par la mer du Nord et la Baltique, la condition des bâtards pendant la période comprise entre les dixième et dix-huitième siècles.

En Islande, par exemple, la position des enfants nés hors mariage est à peu de chose près semblable à celle que nous leur avons vue dans les temps passés. En effet, le Jonsbok, code donné à l'Islande par le roi norwégien Magnus Lagabætir, dans la seconde moitié du treizième siècle, ne permet aux bâtards d'hériter de leurs parents que dans le cas où ces derniers n'ont que des parents légitimes éloignés d'eux de plus d'un degré. A cette époque, comme autrefois, les unions entre personnes de conditions différentes sont mal vues, et l'enfant qui en provient est de la même condition que celui de ses parents qui a la plus mauvaise. Toutefois, ce code contient quelques innovations; ainsi on y trouve la légitimation par mariage subséquent, que le Jonsbok a empruntée au droit canonique. On y rencontre aussi l'adoption de l'enfant par le père naturel, si les enfants légitimes majeurs y consentent. C'est là une vieille coutume norwégienne, qu'il n'est pas étonnant de trouver dans un code islandais, si l'on songe que l'auteur de ce code était roi de Norwége.

Dans ce dernier pays, les modifications apportées par le temps à la législation relative aux enfants illégitimes sont encore moins nombreuses qu'en Islande. Ce qu'on trouve de nouveau dans le droit norwégien du moyen âge, c'est la légitimation par mariage subséquent, due à l'influence du christianisme. Quant aux droits de succession, ils sont les mêmes qu'à l'époque barbare. Si leurs parents n'ont eux-mêmes ni père, ni mère, ni frères, ni sœurs, ni fils, ni filles, ni aïeul paternel, ni petit-fils né d'un fils, les bâtards peuvent leur succéder, et ils excluent tous les autres parents légitimes. Du reste, en Norwége comme en Islande, les enfants nés du mariage de personnes de conditions différentes suivent la pire.

Tout le contraire, ainsi que nous avons eu déjà l'occasion

de le faire remarquer, avait lieu en Suède. Dans ce pays, l'enfant né d'une serve et d'un ingénu, ou d'une ingénue et d'un serf, était ingénu. Les lois suédoises étaient, on le voit, plus favorables à la liberté que les lois romaines. Rien ne fut changé pendant le moyen âge aux droits héréditaires des enfants naturels ; ils continuèrent, dans la Suède proprement dite, à recueillir la totalité de la succession maternelle et une partie des biens de leur père. Ils furent, comme autrefois, exclus de toute succession paternelle dans la Gothie occidentale, et de toute succession, soit paternelle, soit maternelle, dans la Gothie orientale.

L'île de Gothland, qui ne fut définitivement réunie à la Suède qu'en 1644, avait à peu près les mêmes coutumes et les mêmes usages que les autres provinces suédoises. Cependant le Guthalagh contient une distinction qui mérite d'être signalée. Les bâtards de père et mère goths héritaient de tous les biens de leurs parents, même des terres, s'ils n'avaient pas de frères légitimes ; ceux, au contraire, qui étaient nés d'un père goth et d'une mère étrangère n'avaient droit qu'à des aliments.

A l'ancienne adoption ou reconnaissance de l'enfant naturel par-devant la commune ou le juge, vint, après l'introduction du christianisme en Suède, s'ajouter la légitimation par mariage subséquent, qui, à la différence de la première, procurait à l'enfant légitimé tous les droits d'un enfant légitime.

La Scanie, que le roi de Suède Charles X arracha au Danemark en 1658, se ressentit longtemps de la domination danoise; sa législation paraît calquée sur celle de l'île de Séeland.

Nous ne répéterons pas ici ce que nous avons dit ailleurs du peu de cas que les anciennes lois danoises faisaient de la légitimité. Nous nous bornerons à faire remarquer qu'après l'introduction du christianisme, les enfants naturels, qui auparavant n'étaient pas distingués des enfants légitimes, ne furent plus désormais placés qu'en seconde ligne; ils n'héritèrent plus que de leur mère et de leurs parents maternels. La reconnaissance de l'enfant naturel était aussi admise en Danemark; et, d'après les lois de Scanie (Schonen) et de Séeland, le père, en reconnaissant son enfant naturel, pouvait lui assigner tout ou partie de ses biens. Mais, à défaut de cette assignation, l'enfant reconnu n'avait aucuns droits sur les biens paternels. Si au

moment de la reconnaissance le père avait des enfants légitimes, il ne pouvait donner à l'enfant reconnu que la moitié de ce qu'il aurait eu s'il avait été légitime. La loi du Jutland se montrait plus généreuse envers cet enfant, elle lui donnait un droit de succession pour le cas où le père ne lui aurait rien attribué en le reconnaissant. Elle lui accordait la totalité des biens, s'il n'y avait pas d'enfants légitimes, et, dans le cas contraire, elle lui assurait encore une part, mais de moitié moindre que celle de ses frères légitimes.

De tous les pays scandinaves, le Danemark est celui où la légitimation par mariage subséquent s'introduisit le plus péniblement. Le christianisme avait déjà depuis quelque temps pénétré en Danemark, et cependant le mariage du père et de la mère ne rendait pas encore légitime l'enfant qui était né auparavant. Pour arriver à ce but, la loi du Séeland exigea en outre, pendant longtemps encore, la légitimation ou reconnaissance en justice dont nous avons parlé plus haut. Néanmoins la légitimation par mariage subséquent finit par triompher et par devenir de droit commun.

Au reste, les cas de légitimation ne devaient pas être très-communs dans le Jutland, car la loi de ce pays considérant la concubine comme épouse légitime, et comme l'ayant toujours été dès qu'elle avait cohabité pendant trois ans avec le même homme, le mariage subséquent était inutile, les enfants qui étaient nés de leur union étant réputés avoir toujours été légitimes [1].

PAYS-BAS.

Les contrées de l'Europe occidentale comprises entre la France, le Rhin, l'Ems et l'Océan, formant aujourd'hui les royaumes de Belgique et de Hollande, furent, lors de l'invasion barbare, envahie par des tribus germaines, qui naturellement y apportèrent leurs us et leurs coutumes. Malgré cette origine germanique de leurs habitants, les Pays-Bas sont, de tous les pays du centre et du nord de l'Europe peuplés par les Ger-

[1] Toute cette partie de notre travail relative au droit des peuples de race scandinave est tirée de l'ouvrage de M. Kœnigswarter, intitulé : *Essai sur la législation des peuples*, etc., p. 68 et suiv.

mains, les seuls où l'on trouve, au moyen âge, l'élément romain dominant complétement l'élément germanique. Ainsi, sur le point qui nous occupe, le principe fondamental du droit de ces contrées est celui-ci : « Nul n'est bâtard par sa mère (*En moeder maakt geen bastard*) [1]. » C'est van der Marck qui nous l'apprend.

Le même principe nous est formellement attesté par Binkershoek dans les termes suivants : « Communis enim est regula « juris, quo utimur, matris non esse spurium [2]. » Mais il ne faudrait pas conclure de là qu'aucun déshonneur, qu'aucune incapacité n'était attachée à la naissance illégitime, et que le bâtard, comme à Rome autrefois, aurait été capable de toutes les dignités et de tous les honneurs. N'oublions pas que les habitants des Pays-Bas sont d'origine germanique, et que si le droit romain les a courbés sous sa loi, le droit canon ne leur est pas resté étranger. Ne soyons donc pas étonnés de voir le comte Florentin, dans la charte qu'il accorda en 1288 à la ville de Monikendam, défendre aux bâtards de porter témoignage en justice contre d'honnêtes gens. On trouve aussi dans les chartes hollandaises la promesse faite aux habitants de ne jamais leur donner pour bailli un bâtard [3].

Le concubinat romain n'existait pas dans les Pays-Bas ; il n'y avait que des *spurii*, mais ils ne se trouvaient pas dans la même position que les *vulgo quæsiti* de Rome [4]. A la différence de ces derniers, ils pouvaient être reconnus par leur père, ils pouvaient lui demander des aliments, ils pouvaient être légitimés [5]. On ne les appelait pas, toutefois, à la succession de leur père ni des parents de celui-ci. « Spurium, etsi patrem jure, quo uti- « mur, habere videatur, non tamen ei paternisque cognatis « succedit [6]. »

A propos des devoirs du père naturel envers ses enfants,

[1] Frederici Adolphi van der Marck *Institutiones juris civilis privati communis et reipublicæ Groningo-Omlandicæ proprii* ; Groningæ, 1761, chap. II, § 149, p. 295.

[2] Cornelii van Binkershoek *Opera omnia* ; Coloniæ Allobrogum, 1761, *Quæstionum juris privati*, lib. III, cap. XI.

[3] M. Kœnigswarter, *Essai sur la législation*, p. 48.

[4] Voët, liv. XXV, tit. VII.

[5] Van der Muelen, *in Grotio*, t. II, liv. II, chap. VII, § 4, p. 262-265.

[6] Van Binkershoek, *Quæstionum juris privati*, lib. III, cap. XI.

van der Marck s'exprime ainsi : « Ideoque inter patrem et libe-
« ros extra matrimonium natos, nec per subsequens matrimo-
« nium legitimatos, tantum obtinet status paternus naturalis ;
« statum autem naturalem et obligationes ac jura inde oriunda
« leges civiles tollere nequeunt. Et per consequens supposito
« hocce statu pater æque ac mater ipso jure naturæ tenetur,
« educare suos liberos extra matrimonium quamvis natos, usque
« dum in iis, quæ ad vitæ necessitatem pertinent, sibimetipsis
« prospicere valent. Quapropter et prudentissimi legislatores
« nostri sanctissimo juri naturali convenienter statuerunt :
« *De ouderen nochtans zyn gehouden deselve in kost en kleederen*
« *te onderhouden, tot dat sy haer brood vedienen konnen* [1]. »

Par testament le père ne pouvait laisser qu'une partie déterminée de sa fortune à ses bâtards, lorsqu'il avait des héritiers légitimes ; dans le cas contraire, il pouvait disposer en leur faveur de tous ses biens [2].

Relativement à leur mère, les enfants naturels étaient encore mieux traités ; tous les jurisconsultes hollandais sont d'accord pour les appeler à la succession maternelle, mais l'harmonie cesse entre eux dès qu'il s'agit d'aller plus loin. Grotius pensait que les bâtards pouvaient succéder à tous les parents de la ligne maternelle [3]. Binkershoek soutenait le contraire. « Spurios,
« dit-il, soli matri succedere, minime vero cognatis maternis [4]. »

Dans la province de Groningue, on suivait un système mixte. Le bâtard n'était pas appelé à l'hérédité de tous ses parents maternels, mais on lui déférait la succession de sa mère, de ses aïeul et aïeule maternels, ainsi que celle de ses frères utérins, bâtards comme lui. « Liberi spurii vocantur ad hæredi-
« tatem matris, avi materni et aviæ maternæ, nec non sororum
« et fratrum spuriorum ex eadem matre natorum [5]. »

Quelques coutumes, fidèles aux vieux us germaniques, avaient

[1] Van der Marck, *Institutiones, etc.*, chap. II, § 149, p. 295. — Voici la traduction du passage de la Coutume de Groningue, cité par van der Marck : « Les parents sont tenus de fournir à leurs enfants la nourriture et l'habillement, jusqu'à ce qu'ils soient en état de se suffire à eux-mêmes. »

[2] Voët, liv. XXVIII, tit. II.

[3] *Introduction à la jurisprudence hollandaise*, liv. II, part. XXVII, § 28.

[4] Van Binkershoek, *Quæstionum juris privati*, lib. III, cap. XI.

[5] Van der Marck, *Institutiones*, etc., chap. II, § 149, p. 295 ; voir aussi Voët, *Ad S. C. Tertullianum et Orphitianum*, tit. XVII, liv. XXXVIII.

exclu le bâtard de toute espèce de succession, même de celle de sa mère. M. Kœnigswarter cite entre autres celles de Liége, de Limbourg, de Louvain, de Luxembourg, de Malines et de Tournay.

Les seigneurs, qui dans les Pays-Bas avaient aussi le droit de bâtardise, y renoncèrent de bonne heure, et alors la succession des enfants naturels fut recueillie non-seulement par leurs enfants légitimes, mais encore soit par leur mère seulement, soit par leurs parents paternels, suivant qu'ils étaient régis par telle ou telle charte [1].

De cette renonciation au droit de bâtardise la conséquence naturelle était la concession du droit de tester faite aux bâtards. Ce ne fut guère cependant qu'au commencement du seizième siècle que ce droit leur fut définitivement reconnu en Hollande.

Il va sans dire qu'en admettant le droit romain on avait aussi adopté ses principaux modes de légitimation, celui par mariage subséquent et celui par rescrit du prince. La légitimation par rescrit était concédée dans les Pays-Bas par les comtes, ducs ou états des provinces, suivant le gouvernement de chacune d'elles. Les enfants légitimés par mariage subséquent devenaient légitimes et avaient tous les droits attachés à cette qualité. Quant à ceux dont la légitimation avait eu lieu par rescrit, ils n'étaient légitimés qu'à l'égard de ceux de leurs parents qui avaient consenti à ce qu'ils le soient, et n'étaient appelés qu'à la succession de ces derniers [2].

Les enfants adultérins ou incestueux ne pouvaient pas être légitimés [3]. Ils ne pouvaient recevoir, même par testament, de leurs ascendants que ce qui était nécessaire à leur entretien, et n'avaient par suite aucun droit à leur succession, lorsque leurs parents étaient morts intestats [4]. De même les parents ne pouvaient rien recevoir de leurs enfants adultérins ou incestueux, si ce n'est des aliments. Ce n'était que par une disposition tout à fait exceptionnelle que la coutume de la Hollande méridio-

[1] Van Binkershoek, *Quæstionum juris privati*, lib. III, cap. XI. Dès la fin du treizième siècle, Gui de Dampierre, comte de Flandres, renonce au droit qu'il avait sur l'héritage des bâtards dans la Châtellenie de Bergues. *Arch. de Lille, Invent. de Flandres*, III, p. 45.

[2] Voët, liv. XXV, tit. VII.

[3] *Ibid.*

[4] Voët, liv. XXVIII, tit. II.

nale et celle de la ville de Dordrecht appelaient les enfants adultérins ou incestueux à la succession de leur mère [1].

RUSSIE, POLOGNE, HONGRIE.

Nous avons constaté le peu de renseignements que nous avions sur les bâtards chez les anciens Slaves. Nous avons vu que les enfants naturels des chefs et des princes pouvaient être appelés à leur succession, mais c'est là à peu près tout.

A partir de l'introduction du christianisme dans les États slaves, les documents deviennent plus nombreux et plus certains. Il est constant que les mariages dépourvus de la bénédiction ecclésiastique cessèrent d'être considérés comme légitimes, lorsque l'Église eut acquis une certaine influence. Sous le règne d'Iwan Vasilievitch, la loi russe déclare bâtard tout enfant issu d'une union qui n'aurait pas été religieusement consacrée. En Russie, comme en France, l'enfant né d'une serve était serf comme sa mère. Plus tard, on déclara que, si un homme libre avait eu des enfants de sa serve, à sa mort, la mère et les enfants deviendraient libres ; mais ces derniers n'en furent pas moins éloignés, comme ils l'étaient du reste auparavant, de la succession de leur père naturel. En 1649, le code d'Alexis Michailovitch défendit de reconnaître les enfants illégitimes et de les légitimer par mariage subséquent. Si le mariage entre les père et mère avait lieu, les enfants nés avant sa célébration n'en restaient pas moins bâtards, et n'avaient aucuns droits à prétendre sur la succession de leur père.

En Pologne, où les dogmes chrétiens s'étaient implantés, on avait admis, tout comme en Russie, qu'en dehors de l'Église il n'y avait pas de mariage valablement contracté. Et vers le seizième siècle, on déclarait bâtard tout enfant issu d'une union non consacrée par elle. Là aussi le bâtard était exclu de la succession paternelle. Quoique la Pologne ait embrassé avec ardeur le catholicisme, ce ne fut néanmoins qu'en 1768 que la légitimation par mariage subséquent y fut permise. Elle l'avait été beaucoup plus tôt en Lithuanie, mais l'enfant ainsi légitimé continuait toujours, comme en Russie, à être exclu de la succession de son père.

[1] Van Binkershoek, *Quæstionum juris privati*, lib. III, cap. XI.

Tout ce que nous venons de dire sur la Russie et la Pologne peut s'appliquer à la Hongrie. Nous ferons toutefois remarquer que les lois de la Hongrie, de même que les statuts de Lithuanie, ne considéraient pas comme incestueux et bâtards les enfants issus du mariage de deux parents qui ignoraient leur parenté. Il y avait encore en Hongrie un usage particulier à ce pays. La légitimation par mariage subséquent n'y était pas admise, et le pape seul pouvait y légitimer les bâtards.

En général, pendant la période dont nous nous occupons, Hongrois, Lithuaniens, Polonais et Russes ne réputaient pas le bâtard étranger à sa mère; et, s'ils n'avaient pas été jusqu'à dire : *matris non esse spurium*, au moins reconnaissaient-ils entre la mère et l'enfant naturel des liens de parenté, et, partant, des droits réciproques de succession. En cas de meurtre du bâtard, ils accordaient à sa mère le droit d'exiger l'amende ou composition [1].

ITALIE, ESPAGNE ET PORTUGAL.

Nulle part le droit romain n'a laissé son empreinte plus profondément marquée que dans les diverses lois et coutumes de l'Italie. On peut dire qu'en ce pays on suivait partout le droit romain, quelquefois légèrement nuancé de coutumes lombardes. Dans le royaume napolitain, la législation était à peu près la même que celle de l'empire romain, quoique Naples ait été plusieurs fois soumise à la domination étrangère.

Carolus de Rosa, dans son Commentaire sur les coutumes de Naples, nous apprend que l'enfant naturel ne succédait ni à son père, ni à ses parents de la ligne paternelle [2]; mais que, conformément au droit romain, il succédait à sa mère et à ses parents maternels, « sed, ajoute-t-il, si non adsunt filii legitimi [3]. » Non-seulement l'enfant né hors mariage succédait à sa mère et aux parents de celle-ci, mais il succédait aussi à ses frères naturels, nés de la même femme que lui. S'ils étaient nés du

[1] Cet aperçu sur la position des bâtards chez les peuples de race slave est extrait de l'ouvrage de M. Kœnigswarter, *Essai sur la législation*, etc., p. 74 et suiv.

[2] Caroli de Rosa *Glossographia ad consuetudines neapolitanas*, 1677; Neapoli, n° 440, p. 99.

[3] *Ibid.*, n°s 507 et 499, p. 106.

même père, mais d'une autre mère, il ne recueillait pas leur succession, et eux, de leur côté, n'étaient point appelés à la sienne [1].

D'après les coutumes de Naples, conformes en cela à celles de France, le bâtard d'un noble n'était pas noble. « Naturales « etsi orti ex nobilibus nullam nobilitatem retinent [2]. »

A la différence du droit romain, qui ne considérait pas la bâtardise comme une cause d'incapacité politique, la coutume napolitaine interdisait aux malheureux enfants illégitimes toutes les fonctions publiques [3]; elle leur défendait même de faire preuve de capacité et de se faire recevoir docteurs. « Naturales « non possunt doctorari [4]. » On sent bien là l'influence du droit canon, et des idées germaniques introduites dans ce pays par les Normands.

La succession des enfants naturels morts intestats et sans enfants allait au fisc. S'ils avaient fait un testament, on respectait leur volonté [5].

A l'exception de la légitimation par oblation à la curie, la coutume de Naples avait admis les modes de légitimation du droit romain, et ici comme partout, celui par mariage subséquent était le plus efficace. « Legitimatus per subsequens ma- « trimonium est vere legitimus [6]. » Néanmoins il ne procurait pas à l'enfant légitimé le droit de recueillir les fiefs de ses parents. « Filii naturales licet legitimati ad feuda non veniunt [7]. »

On le voit, à part quelques emprunts féodaux et canoniques, c'est du droit romain. Il en était de même dans le reste de l'Italie, et on ne trouve que quelques statuts contenant des dispositions particulières sur les bâtards.

Les statuts de Gubio donnaient aux enfants naturels, en concours avec des enfants légitimes, un douzième de la succession, et, à défaut de ces enfants, la moitié [8]. Lorsque les bâtards

[1] Carolus de Rosa, nos 500 et 501, p. 106.
[2] *Ibid.*, no 459, p. 100.
[3] *Ibid.*, no 508, p. 106.
[4] *Ibid.*, no 463, p. 101.
[5] *Ibid.*, nos 444 et 445, p. 100.
[6] *Ibid.*, no 29, p. 58.
[7] *Ibid.*, no 86, p. 61.
[8] Statuta Eugubii, II, 65.

avaient été légitimés, leur père ne pouvait donner à chacun d'eux plus qu'à celui de ses enfants légitimes auquel il donnait le moins [1].

A Ferrare, l'enfant même légitimé ne pouvait succéder à son père et aux agnats de celui-ci sans leur consentement [2].

A Rome, ce berceau du droit romain et du droit canon, l'enfant légitimé, en concours avec des enfants légitimes, ne prenait, chose étonnante, qu'un quart de ce qu'il aurait pris s'il eût été légitime [3].

Lorsque nous nous occupions du droit canonique, nous avons eu occasion de parler de l'Espagne. Nous avons vu que le concubinat n'y était pas défendu et que le premier concile de Tolède l'avait reconnu. Il le fut aussi par les lois civiles. « Les droits statuaires ou *fueros* du royaume de Castille, dit M. Kœnigswarter, reconnaissaient, outre les deux formes de mariage légitime (*matrimonio velado* et *matrimonio a yuras*), le concubinat (*barraganía*), qui était considéré comme un contrat fait à vie et se nommait *carta de mancebia et campaneria*. Le *fuero de Plasencia* donne à la *barragana* (concubine), lors du décès du mari, la moitié des acquêts, tant en meubles qu'en immeubles. Il n'y a donc pas lieu de s'étonner que les *fueros* fissent peu de distinction entre les enfants légitimes et naturels [4]. »

Vers l'an 1250, les *fueros* commencèrent à sévir contre le concubinat des hommes mariés et des prêtres, et déclarèrent les bâtards de ces derniers incapables de succéder, ce qui était reconnaître implicitement ce droit aux autres enfants naturels. Peu à peu cependant il se fit une différence entre les enfants légitimes et les enfants naturels. Elle s'accentua de plus en plus, et le *fuero real* défendit au père de donner à ses enfants naturels plus d'un cinquième de sa succession. Ce code admit aussi la légitimation par mariage subséquent, et, à l'instar du droit romain et du droit canon, il ne permit la légitimation des enfants que lorsque, au moment de leur naissance ou de leur

[1] Statuta Eugubii, II, 64.
[2] Statuta Ferraræ, II, 142.
[3] Statuta Romæ, I, 84.
[4] M. Kœnigswarter, *Essai sur la législation des peuples*, etc., p. 31.

conception, il n'existait pas d'empêchement au mariage des parents [1].

Quant au code intitulé : *Las siete partidas*, qu'on déclare généralement n'être qu'un mélange de coutumes de droit romain et de droit canon, il reproduit sur les enfants naturels la législation romaine.

Vers le milieu du seizième siècle, les principes contenus dans le *fuero real* furent confirmés par le code de Philippe II, qui est encore aujourd'hui le fond du droit civil espagnol.

Quoique, dans l'Aragon, le concubinat n'ait jamais été aussi favorisé que dans la Castille, la différence entre les enfants légitimes et les enfants naturels fut d'abord à peu près nulle. Puis elle finit par devenir assez grande pour que le besoin de la légitimation se fît sentir. La légitimation par mariage subséquent fut introduite dans le pays et y produisit les effets les plus étendus. Il en fut de même, paraît-il, de la légitimation par rescrit du prince. Ducange cite, en effet, une déclaration de Jacques, roi d'Aragon, de l'année 1229, qui porte : « Si legitimatione « indigere aliquatenus videatur (Alfonsus ex matrimonio dubio « prognatus) nos auctoritate et potestate regia legitimamus ad « omnia ad quæ legitimari potest auctoritate regia, et hæredem « et successorem regni nostri constituimus et declaramus [2]. »

Les enfants illégitimes, en Espagne, se divisent en naturels et en *espurios ;* ces derniers se subdivisent eux-mêmes en incestueux, adultérins, sacriléges et *manceres*.

D'après le droit romain, l'enfant naturel était celui né d'une concubine habitant la maison du père. Il en est de même d'après le droit *de las Partidas*, avec cette seule différence qu'il n'est plus nécessaire que la concubine habite la maison de son amant.

Mais la loi 11 de Toro dit qu'on appellera naturel l'enfant né de deux personnes qui auraient pu s'épouser, soit au temps de la conception, soit au temps de la naissance, sans avoir besoin d'obtenir une dispense ; qu'il n'est pas nécessaire que l'enfant soit né d'une concubine proprement dite, pourvu que le père le reconnaisse comme sien [3]. Il résulte de cette disposition de la

[1] M. Kœnigswarter, *Essai sur la législation*, p. 32.
[2] Ducange, *Glossaire*, t. IV, v° LEGITIMARE.
[3] Ley 1, tit. V, lib. x, *Nov. rec.*

loi 11 de Toro qu'un enfant conçu dans l'adultère pourra être tenu pour naturel par le seul fait qu'au moment de sa naissance, celui de ses parents qui était marié ne l'est plus ; tandis que l'enfant né de deux cousins ne pourra l'être, parce que ces deux personnes ne peuvent pas s'épouser sans avoir obtenu une dispense. Cette conséquence révolte avec raison dom Joachin Escriche, qui s'écrie : « Si estas doctrinas son conformes a la ley 11 « de Toro, podra decirse que lo son igualmente al buen sentido « y a la moral[1] ? » Aussi, frappée de cette bizarrerie, la commission chargée, en 1820, par les Cortès de rédiger un projet de code, proposa de ne plus tenir compte que du temps de la conception, et de ne considérer comme naturels que les enfants nés de personnes qui, au moment de la conception, auraient pu s'épouser.

La loi 11 de Toro avait décidé qu'on ne tiendrait pour naturel que l'enfant reconnu par son père. Une pareille décision ne se rencontre ni dans les lois romaines, ni dans les lois *de las Partidas*, car, sous l'empire de ces lois, il n'y avait de naturel que l'enfant né de la concubine vivant avec le père, tandis que, d'après la loi de Toro, cette condition n'est plus nécessaire. Dom Escriche pense que, si la concubine vit publiquement avec le père, la reconnaissance de la part de ce dernier ne sera pas nécessaire[2].

Le père peut reconnaître son enfant de quatre façons : 1° par l'acte de baptême auquel le père concourt, soit en personne, soit par écrit, soit par un représentant, et dans lequel il se reconnaît le père de l'enfant ; 2° par tout écrit émanant, soit d'un officier public, soit de sa propre main, dans lequel le père reconnaît sa paternité ; 3° d'un testament dans lequel le père déclare qu'il a eu un enfant de telle femme, et l'institue son héritier ; 4° par l'aveu que le père fait de sa paternité, lorsque cet aveu est constaté dans un acte émanant du magistrat, ou du conseil du peuple, assistés l'un et l'autre d'un greffier[3].

Lorsque les mariages clandestins étaient permis en Espagne,

[1] Dom Zoachin Escriche, *Diccionario razonado de jurisprudencia y legislacion*, v° *Hijo natural*, II. Madrid, 1847.

[2] *Ibid.*

[3] Ley 5, 6, 7, tit. XV, part. IV.

ces faits constituaient plutôt une légitimation qu'une reconnaissance, parce que l'on disait qu'avouer un enfant comme sien, c'était reconnaître qu'on était marié avec la mère, et cette seule déclaration rendait légitimes tous les enfants de cette femme. Mais les mariages clandestins défendus, il n'en fut plus ainsi, et ces faits ne constituèrent plus qu'une reconnaissance.

Que la reconnaissance soit volontaire ou qu'elle résulte d'une décision judiciaire, comme dans le cas de viol, ses effets sont les mêmes.

On peut reconnaître un enfant avant comme après sa naissance, « por que el hijo concebido se reputa nacido siempre que « se trata de su interes. » La reconnaissance peut être faite non-seulement par un majeur, mais encore par un mineur, parce que la reconnaissance est l'aveu d'un fait, et qu'un mineur peut toujours avouer un fait dont il est l'auteur.

La reconnaissance est irrévocable et celle faite par le père ne lie point la mère, pas plus que celle faite par cette dernière n'engage le père. Toute reconnaissance peut être attaquée par les parties intéressées, au nombre desquelles se trouvent certainement l'enfant, le père et la mère.

Dès que la reconnaissance a lieu, l'enfant acquiert le droit d'être nourri et élevé, non-seulement par ses père et mère, mais encore par ses ascendants dans l'une et l'autre ligne. Réciproquement, du reste, il leur doit des aliments, s'ils se trouvent dans le besoin [1].

Quant aux droits successoraux de l'enfant naturel, ils ne sont pas les mêmes, suivant qu'il s'agit de la succession de son père ou de celle de sa mère. Lorsqu'il y a des enfants légitimes, l'enfant naturel est exclu de la succession maternelle comme de la succession paternelle ; toutefois ses père et mère peuvent lui laisser, à titre alimentaire, le cinquième de leurs biens [2]. Ajoutons que non-seulement le père pourra, mais qu'il devra lui assurer des aliments ; de telle sorte que les autres legs qu'il aura pu faire ne seront payés qu'après que l'enfant naturel aura reçu de quoi vivre. Si le père n'a pas de descendants légitimes, il peut laisser toute sa fortune à son enfant naturel [3]. S'il ne laisse

[1] Ley 2 y 5, tit. XIX, part. IV.
[2] Ley 9, de Toro.
[3] Ley 10 de Toro, o ley 6, tit. XX, lib. X, *Nov. rec.*

aucun bien, l'obligation de nourrir l'enfant retombe sur ses héritiers, et la pension alimentaire est fixée au dire d'un homme de bien [1].

Si la mère n'a pas de descendants légitimes, elle doit instituer héritier son enfant naturel, et si elle l'omet dans son testament, ou le déshérite injustement, ses dernières dispositions pourront être attaquées par l'enfant [2].

Dans le cas où le père meurt intestat et ne laisse pas d'enfants légitimes, le fils naturel prend un sixième de la succession, qu'il partage avec sa mère [3]. S'il n'y a ni descendants, ni ascendants, ni collatéraux légitimes jusqu'au quatrième degré, l'enfant naturel peut recueillir toute la succession, par préférence à la veuve et aux autres collatéraux [4]. L'enfant dont la mère est morte intestat, sans laisser de descendants légitimes, recueille toute la succession [5].

En Espagne, les enfants naturels peuvent être légitimés de deux manières : par mariage subséquent et par rescrit du prince.

La légitimation par mariage subséquent a lieu de plein droit, et l'enfant ainsi légitimé a les mêmes droits que s'il était né du mariage ; néanmoins il pourra s'opposer à la légitimation, en prouvant qu'il n'est pas l'enfant de celui qui l'a reconnu. D'après le droit espagnol comme d'après le Code Napoléon, le mariage de l'aïeul avec sa concubine a pour effet de légitimer à son égard ses petits-enfants nés de son fils naturel [6].

La légitimation par rescrit du prince a pour conséquence, soit d'habiliter l'enfant à hériter, soit de le relever de certaines incapacités civiles, soit de lui attribuer la noblesse de ses parents. Pour que cette légitimation puisse avoir lieu, il faut, d'après la loi 5, titre VI, livre III, *del Fuero Real,* que le père n'ait pas d'enfants légitimes. Cependant quelques auteurs pensent que le roi pourra, même en présence d'enfants, accorder la légitimation, et quoique les lois espagnoles n'exigent pas, pour qu'elle

[1] Ley 8, tit. XIII, part. VI.
[2] Ley 5, tit. XX, lib. X, *Nov. rec.*
[3] Leyes 8 y 9, tit. XIII, part. VI.
[4] Ley 16 de mayo de 1835.
[5] Ley 9 de Toro.
[6] Voir Escriche, *Diccionario*, etc., v° *Hijo legitimado por matrimonio ;* Antonio Gomez, en sus *Commentarios à la ley* 12 *de Toro.*

puisse avoir lieu, que le père se trouve dans l'impossibilité d'épouser la mère, les auteurs ont pensé qu'il fallait emprunter cette condition au droit romain, et que le roi ne devait accorder la légitimation que dans le cas où le mariage était impossible [1].

Cette légitimation n'a pas lieu gratuitement. « La gracia de « legitimacion no se concede *gratis*, sino por cierto servicio « pecuniario que debe prestar el pretendiente. » C'est le décret royal du 5 août 1818 qui fixe ce que l'on doit payer. Il résulte clairement de ce décret que les enfants naturels sont frappés en Espagne de plusieurs incapacités. Ainsi ils ne peuvent être avocats, notaires, etc. [2].

Les enfants légitimés par rescrit du roi, même à l'effet de succéder, ne recueillent cependant, soit *ex testamento*, soit *ab intestat*, les biens laissés par leurs père, mère ou aïeuls, que s'il n'y a pas d'enfants légitimes ou légitimés par mariage subséquent. S'il y en a, ils n'ont droit qu'à un cinquième de la succession. Exclus ou à peu près par les enfants légitimes, ils excluent tous les autres parents.

Lorsque l'enfant doit la naissance à un adultère ou à un inceste, sa position est bien moins bonne. Il n'est pas appelé à la succession de son père mort intestat, et il ne succède à sa mère que lorsqu'elle ne laisse pas de descendants, soit légitimes, soit naturels. Dans le cas contraire, il n'a droit qu'au cinquième des biens. *Ex testamento*, il peut recevoir de son père le cinquième de la fortune de celui-ci. Enfin, l'enfant adultérin né d'une femme mariée ne peut jamais recevoir plus d'un cinquième de la succession de sa mère [3].

Les enfants sacriléges, c'est-à-dire ceux nés de personnes engagées dans les divers ordres religieux, n'ont droit qu'à des aliments [4].

Quant à l'enfant né d'une femme publique, il n'a aucun droit à l'égard de celui qu'il présume être son père ; à l'égard de sa mère, il peut, tant qu'elle vit, lui demander des aliments ; à sa mort, il a droit au cinquième de ses biens, si elle laisse des des-

[1] Gregorio Lopez, en la glosa 8 de la ley 4, tit. XV, part. IV.

[2] Escriche, *Diccionario*, etc., v° *Hijo legitimado por el rey*.

[3] *Ibid.*, v° *Hijo incestuoso*, et v° *Hijo adulterino*.

[4] Antonio Gomez, en sus *Commentarios à la ley* 9 *de Toro*, n° 50 ; — Cifuentes, en sus *Commentarios à la ley* 9 *de Toro*, n° 4.

cendants naturels ou légitimes, et à la totalité, si elle n'en laisse pas.

Voici comme dom Escriche parle de cet enfant :

« Los hijos que son llamados *manceres* son los que en derecho « romano se llaman *vulgo quæsiti*, esto es, hijos adquiridos ó « concebidos de padre incierto, hijos que una muger se pro- « cura ó concibe prostituyéndose a todos y cualesquiera hom- « bres que se le presentan, hijos del publico ó del vulgo, hijos « de mancibia ó burdel. Como el hijo mancer se considera sin « padre, pues que prostituyéndose su madre á muchos hombres « no es posible distinguir al que ha procreado, es consiguiente « que no pueda deducir derechos contra ninguno de ellos ; y « asi es de peor condicion en cuanto al padre que los demas « espurios. Mas como la madre siempre es cierta, tiene el hijo « mancer con respecto á ella los mismos derechos que los otros « espurios [1]. »

Tous ces enfants, compris dans l'expression générale d'*espurios*, ne peuvent être légitimés par mariage subséquent. Quelques-uns d'entre eux peuvent l'être par rescrit royal; les autres ne le sont que par les cortès et le roi.

Dans les ordonnances des rois de Portugal, il est aussi souvent question de légitimation, soit par rescrit du prince, soit par mariage subséquent. « Cependant, dit M. Kœnigswarter, la légitimation ne devait être en usage que dans les familles nobles, car les ordonnances donnaient aux bâtards des familles non nobles le même droit de succéder qu'aux enfants légitimes. Les bâtards des nobles étaient exclus de la succession même par les parents collatéraux ; il paraît cependant que, plus tard, les bâtards des personnes de la noblesse héritaient de leur père ; ils étaient seulement obligés d'ajouter aux armes de la famille la *quebra de bastardia* (la brisure en signe de bâtardise). Les bâtards ne pouvaient cependant jamais succéder aux majorats, qui étaient très-usités dans la noblesse portugaise [2]. »

Les législateurs des divers États de la péninsule hispanique ne se contentèrent pas de prohiber la légitimation des enfants

[1] Escriche, *Diccionario razonado de jurisprudencia y legislacion*, v° *Hijo mancer*.

[2] M. Kœnigswarter, *Essai sur la législation, etc.*, p. 33 et 34.

issus de l'inceste ou de l'adultère; ils sévirent aussi contre les coupables. Le roi de Portugal, Henri, ordonna que l'adultère et sa complice fussent publiquement fustigés et ensuite brûlés. Pierre III d'Aragon permit au mari de tenir sa femme adultère en chartre privée, au pain et à l'eau. En 1314, Philippe IV fit, en présence du peuple, écorcher vifs les deux amants de ses belles-filles, puis il leur fit arracher les testicules et les fit pendre [1].

TURQUIE.

Plus d'un siècle avant la ruine complète de leur puissance en Espagne, où ils s'étaient établis vers l'an 710 de l'ère chrétienne, les musulmans apparaissaient en vainqueurs à l'autre extrémité de l'Europe. Vers le milieu du quatorzième siècle en effet, les Ottomans ou Osmanlis, qui sont une des branches de la grande famille turque, s'emparèrent, sous la conduite d'Amurat Ier, second successeur d'Othman, de la Macédoine, de l'Albanie et de la Servie. Sous les successeurs de ce prince, ils étendirent encore leurs conquêtes en Europe, et en 1453 Mahomet II, leur neuvième sultan, s'empara de Constantinople, qui devint la capitale de la Turquie d'Europe et de tout l'empire ottoman.

Avec les Turcs, la religion et la législation musulmanes s'implantèrent de nouveau en Europe.

Quoique les musulmans pratiquent largement la polygamie, il ne laisse pas d'y avoir chez eux, comme chez tous les autres peuples, des enfants illégitimes, c'est-à-dire des enfants nés dans des conditions qui ne sont pas reconnues par la loi.

Sont illégitimes, d'après le droit musulman, les enfants nés de l'adultère, de l'inceste et des relations passagères qu'un homme peut avoir avec une fille. C'est avec intention que nous ne disons pas que les enfants nés hors mariage sont illégitimes, car il n'en est pas toujours ainsi. Non-seulement les musulmans admettent trois espèces de mariages, d'où peuvent résulter des enfants légitimes : 1° le mariage permanent, ou *nikoh doim;* 2° le mariage temporaire, ou *nikoh mût'e;* 3° l'union avec des esclaves, ou *nikoh kenizon* (ce dernier n'existe que chez les schiites) [2]; mais ils regardent encore comme légitimes les en-

[1] M. Michelet, *Origines du droit français*, p. 389 et 390.

[2] M. Nicolas de Tornauw, *le Droit musulman*, traduit par M. Eschbach ;

fants que le maître a procréés avec ses propres esclaves, sans les avoir épousées, quand nul autre que lui n'a eu de relations avec elles [1].

« La propre déclaration d'un homme libre, dit M. Eschbach, qu'il est père des enfants nés de son esclave, leur confère la liberté et suffit pour établir la légalité de leur naissance [2]. »

Guer rapporte que, de son temps, les enfants nés d'une esclave n'étaient appelés à la succession de leur père que lorsque ce dernier les avait affranchis par son testament, et lorsqu'il laissait assez de biens pour que chaque enfant puisse vivre, et que, dans le cas contraire, ils devenaient esclaves des enfants de la femme libre [3].

Sont encore légitimes les enfants issus de la femme ou de l'esclave d'autrui dont un homme, par erreur, s'est servi comme de la sienne [4].

Les enfants illégimes (*welede zeno*) sont donc tous ceux qui sont issus d'un commerce défendu. Ajoutons que l'on met encore au rang de ces derniers ceux qui sont nés d'unions permises, mais qui n'ont pas été reconnus par leur père. Les enfants illégitimes, tout comme ceux que le père n'a pas reconnus, n'ont aucun droit à la succession paternelle quand ils concourent avec d'autres héritiers. Chez les schiites et les azémites, ils n'héritent jamais de leur père. Quant à la succession maternelle, ils y sont appelés par toutes les sectes [5].

Remarquons que si l'enfant illégitime était hermaphrodite, il faudrait, lorsqu'il viendrait à la succession de ses parents, appliquer les règles établies pour ce cas par le droit musulman, car il ne distingue pas si l'hermaphrodite est légitime ou non. Suivant l'opinion de Ali Emir ul-Mumenin (le quatrième calife), un *chünti* (hermaphrodite) doit recevoir la moitié d'une part d'homme et la moitié d'une part de femme. Suivant d'autres

Paris, 1860, p. 85-107; Guer, *Mœurs et usages des Turcs*; Paris, 1747, t. I, p. 430.

[1] M. de Tornauw, *le Droit musulman*, p. 110; Guer, *Mœurs et usages des Turcs*, t. I, p. 423.

[2] M. Eschbach, *Traduction du droit musulman*, p. 111.

[3] Guer, *Mœurs et usages des Turcs*, t. I, p. 423.

[4] M. de Tornauw, *le Droit musulman*, traduit par M. Eschbach, p. 111.

[5] *Ibid.*, p. 254.

jurisconsultes, il faut attribuer à l'hermaphrodite la part afférente au sexe dont les organes sont le plus développés chez lui [1].

A l'incapacité de succéder à son père, qui peut frapper l'enfant illégitime, et qui même l'atteint toujours chez les schafiites et les azémites, le droit musulman ajoute d'autres incapacités. Par exemple, le témoignage des personnes de naissance illégitime n'est admis qu'au criminel et pas au civil. Il est vrai que les azémites et les schiites ne s'enquièrent pas de la légalité ou de l'illégalité de la naissance des témoins, et qu'ils admettent sans restriction le témoignage des uns comme celui des autres [2]. Mais toutes les sectes sont d'accord pour refuser à l'enfant illégitime le droit d'être *kadi* ou *kazi* [3]. C'est absolument la même chose que dans plusieurs législations chrétiennes du moyen âge, qui interdisaient au bâtard d'exercer des fonctions administratives ou judiciaires, et qui ne l'autorisaient pas à déposer en justice.

Mais, contrairement à ce que nous avons vu pratiquer par presque tous les autres peuples européens, les musulmans ne reconnaissent pas au mariage subséquent le pouvoir d'assurer à l'enfant illégitime le bénéfice de la légitimation; c'est ce que nous apprend en ces termes M. Eschbach : « L'enfant né d'un commerce illicite avec une fille reste illégitime, bien que le père épouse cette fille-mère [4]. »

Le droit musulman punit sévèrement l'adultère. Guer, après avoir dit qu'il était défendu par les chapitres IV et V du Coran, ajoute que, de son temps, la femme convaincue de ce crime était à la merci de son mari, qui pouvait la faire enfermer dans un sac, puis la jeter à l'eau [5].

LÉON MORILLOT,
Docteur en droit.

[1] M. Nicolas de Tornauw, *le Droit musulman*, p. 266.

[2] *Ibid.*, p. 273.

[3] *Ibid.*, p. 244.

[4] M. Eschbach, *Traduction du droit musulman*, p. 110.

[5] Guer, *Mœurs et usages des Turcs*, t. I, p. 426 et 427 ; voir aussi, sur le droit musulman, le *Précis de jurisprudence musulmane selon le rite Malekite de Khalil-ibn-Ish'ak*, traduit par M. Perron, notamment aux pages 299 et suivantes du tome IV ; voir encore le *Précis de jurisprudence musulmane selon le rite Châfeite*, par Abou Chodjâ; précis qui a été traduit en français par M. Keijzer.

LEÇON D'OUVERTURE

DU COURS DE DROIT ROMAIN

A LA FACULTÉ DE NANCY.

Messieurs,

Les premières paroles d'un professeur de droit romain à ses élèves doivent être une réponse à deux questions que plusieurs d'entre vous se sont déjà sans doute adressées :

1° Qu'est-ce que le droit romain?

2° Pourquoi nous le fait-on étudier?

Qu'est-ce que le droit romain? C'est, messieurs, le droit du grand peuple dont vous avez étudié l'histoire. C'est le droit de ce peuple qui, parti d'un point du Latium, a subjugué d'abord ses voisins, puis le reste du monde.

On l'appelle romain, parce que c'est à Rome que ce droit s'est formé et développé. Mais ce n'est pas à Rome, c'est à Constantinople qu'ont été publiés les grands recueils de droit romain avec lesquels il faudra vous familiariser. Il y a une bizarrerie apparente à ce que les principaux recueils des lois romaines ne nous viennent pas de Rome même. Vous savez comment l'empire romain s'est divisé, 395 années après Jésus-Christ, en empire d'Occident et empire d'Orient; vous vous rappelez que l'empire d'Occident n'a pas tardé à tomber sous les coups des barbares, tandis que l'empire d'Orient a subsisté longtemps. Un empereur d'Orient, Justinien, dont le nom nous reviendra plus souvent que celui d'aucun autre, fit faire au sixième siècle (de 527 à 535) des travaux législatifs considérables. Ces travaux sont la compilation, le recueil du droit formé à Rome dans les siècles antérieurs, et qu'il faut donc appeler romain, puisque c'est le droit du peuple romain, bien que la compilation en ait été faite à Constantinople.

Nous nous occuperons plus tard avec détail des travaux de Justinien : c'est alors que vous verrez ce que c'est que les Institutes, le Digeste ou les Pandectes (deux mots qui désignent le même ouvrage), le Code et les Novelles. Nous prenons seulement ici

une idée très-générale de ce que c'est que le droit romain : c'est le droit qui est né à Rome sous les rois, qui s'est formé pendant la république, et qui est arrivé sous l'empire à son entier développement.

Passons à la deuxième question :

Pourquoi vous fait-on étudier le droit romain ? Est-ce que nous n'avons pas des codes et de nombreuses lois en dehors des codes ? Le droit romain serait-il encore en vigueur sur les points que ces codes et ces lois n'auraient pas prévus ? Non, messieurs ; il a sans doute eu force de loi en France (nous verrons plus tard dans quelles limites) pendant très-longtemps : depuis la conquête par Jules César jusqu'au commencement de ce siècle, c'est-à-dire jusqu'à l'époque de la promulgation du Code Napoléon. Sans doute, encore, il a de nos jours force de loi vivante chez nos plus prochains voisins, en Allemagne et en Espagne. Mais il n'a plus cette autorité aujourd'hui en France : elle lui a été complétement enlevée par la loi qui a porté promulgation du Code Napoléon.

Pourquoi donc vous le faire étudier ? Pour deux motifs, tous deux tellement puissants, qu'un seul suffirait pour justifier l'enseignement du droit romain qui se donne dans toutes les Facultés de l'Empire. C'est d'abord par une raison philosophique ou, pour prendre une expression qui rendra mieux ma pensée, par une raison esthétique ; c'est ensuite par une raison historique.

Vous étudiez le droit romain d'abord par raison esthétique, c'est-à-dire parce que le droit romain est un modèle. Je ne veux pas dire que la législation romaine fût exempte de toute imperfection. C'était une œuvre humaine : il n'y en a point sans défaut. Nous y trouverons plus d'une institution dont nous ne chercherons pas à dissimuler les vices. Nous reconnaîtrons sans peine que telle institution est meilleure chez nous qu'elle ne l'était à Rome, amélioration due soit à l'influence du christianisme, soit à celle des Germains, soit à d'autres causes multiples et variées. Mais, ce qu'il sera toujours vrai de dire, c'est que les jurisconsultes romains sont les maîtres de tous les jurisconsultes ; c'est que le droit qu'ils ont créé est, je le répète, le modèle de la science juridique ; c'est qu'on peut, à juste titre, les appeler les fondateurs et les pères de la science du droit.

Dès ses premières années, Rome montra un esprit politique

qui différait de celui de tous les autres peuples de l'antiquité, et qui devait, non moins que la force de ses armes, la conduire à l'empire du monde. De même aussi, dès les premiers temps de Rome, on s'y occupa de droit comme on ne l'avait encore fait chez aucun peuple. Le peuple romain fut, en naissant, un peuple politique et jurisconsulte. Il semble que dès son berceau il n'eût d'autre pensée que celle de gouverner les autres. C'est ce que le poëte latin a si admirablement senti et exprimé :

Tu regere imperio populos, Romane, memento.

On peut donc dire qu'à Rome il y eut à toute époque d'habiles politiques et de bons jurisconsultes. Il est une époque où le droit y brilla d'un plus vif éclat qu'à aucune autre, celle où vécurent Labéon, Capiton, Sabinus, Proculus, Julien, Gaius, Pomponius, Scævola, Papinien, Paul, Ulpien... *J'en passe, et des meilleurs*. Cette époque remplit les deux premiers siècles de notre ère et le commencement du troisième : elle commence à Auguste, et finit avec Alexandre-Sévère. Elle a été appelée l'*époque classique* de la jurisprudence romaine.

J'adopte volontiers cette expression, que je trouve parfaitement propre à faire concevoir les rapports qui existent entre les grands jurisconsultes dont je viens de vous citer les noms et la science du droit en général.

Le mot *classique* est pris chez nous pour désigner ce qu'il y a de plus accompli quant à la perfection de la forme, ce qu'il y a de plus beau au point de vue de l'art. C'est ainsi que, dans les belles-lettres, on appelle classiques les œuvres d'Homère, de Sophocle, de Démosthène, de Virgile, d'Horace, de Cicéron, de Corneille, de Racine, de Molière. C'est ainsi encore, et si j'emprunte cet exemple à un art dont on ne s'occupe guère ici habituellement, c'est parce qu'il est plus rapproché de nous, et pour vous montrer que c'est la perfection de l'œuvre et non son ancienneté qui la rend classique, c'est ainsi encore, dis-je, qu'on appelle musique classique celle de Glück, de Haydn, de Mozart, de Beethoven, pour exprimer que les admirables chefs-d'œuvre de ces grands maîtres sont ce qu'il y a de plus parfait dans leur art. Le rapprochement que je fais entre tous ces grands hommes n'est point arbitraire. Ce sont les mêmes causes qui leur ont

fait donner à tous le même nom. Les Gaius, les Papinien, les Paul, les Ulpien sont aussi des artistes, et s'ils ont mérité d'être appelés jurisconsultes classiques, c'est également parce que leurs œuvres sont ce qu'il y a de plus beau, au point de vue de l'art, dans la science du droit.

Vous apercevez, dès à présent, messieurs, pourquoi vous allez étudier le droit romain. De même qu'on étudie les poëtes, les orateurs, toute la littérature classique, pour se former le goût littéraire, de même vous étudierez les jurisconsultes classiques pour vous former le sens juridique.

Je ne crains pas d'insister encore un instant sur le parallèle entre le droit romain et la littérature classique. Quelque bien doué que soit un homme, quelle que soit la force de son intelligence, il lui manque assurément quelque chose, s'il ignore les lettres classiques ; disons plus : il lui manque beaucoup, et c'est un défaut dont on ne tarde guère à s'apercevoir. De même dans le droit : quelque heureusement disposé que soit un homme pour l'étude des lois, quelle que soit la rectitude de son jugement, la souplesse de son esprit, quelle que soit son expérience des affaires, il lui manque aussi quelque chose, il lui manque beaucoup, s'il ne connaît pas le droit romain.

Voilà, messieurs, la première raison pour laquelle vous allez étudier le droit romain, raison esthétique, raison artistique ; c'est une raison de tous les temps et de tous les pays ; elle justifierait l'étude du droit romain chez une nation où ce droit n'aurait jamais été en vigueur, chez un peuple où il ne serait l'origine d'aucune disposition législative. Partout et toujours, pour se former le sens juridique, on devra recourir aux jurisconsultes romains.

Je vous ai annoncé qu'il y a une seconde raison qui nécessite l'étude du droit romain, une raison historique.

La législation actuelle de la France, que vous trouverez dans le Code Napoléon et dans les autres lois modernes qui nous régissent, n'est pas sortie du cerveau de nos législateurs comme Minerve sortit tout armée du cerveau de Jupiter. Elle se rattache au droit romain par les liens de la filiation la plus manifeste.

Le droit romain a été en vigueur dans notre pays pendant dix-huit cents ans. Il n'a pu y demeurer si longtemps sans laisser des traces nombreuses et profondes ; on lui a emprunté un

grand nombre des règles qui nous régissent aujourd'hui. C'est là, messieurs, le second point de vue sous lequel le droit romain doit être étudié. Indépendamment de sa beauté artistique qui le recommande à toutes les nations, il doit être étudié chez nous particulièrement parce qu'il est la source et l'origine de notre législation actuelle. Vous sentez aisément combien il importe, pour la saine intelligence d'une règle, de pouvoir remonter à sa source, et de savoir comment l'ont entendue ceux qui l'ont posée les premiers.

☞ Je ne puis énumérer tout ce qui, dans nos lois actuelles, nous vient du droit romain : une pareille énumération serait longue, fastidieuse et sans utilité en ce moment. Qu'il me suffise de vous dire qu'on en retrouve des traces dans toutes les théories, et surtout dans celle des obligations.

Vous avez à présent une idée des raisons pour lesquelles on vous fait étudier le droit romain : vous comprenez l'utilité de cette étude, et vous voyez qu'on peut dire que le droit romain, tout abrogé qu'il est chez nous, n'y est cependant pas dénué d'utilité pratique. Je dois cependant vous avertir que l'étude du droit romain a ses détracteurs : peut-être avez-vous déjà entendu dire, à coup sûr vous entendrez dire quelque jour, qu'on a grand tort de passer le temps dans les Facultés à étudier une législation morte, et que la connaissance des lois françaises serait bien suffisante.

Les contempteurs du droit romain sont de deux classes : les uns ne le connaissent pas; ils n'ont pas eu le courage de l'apprendre. Il suffit de leur répondre qu'ils parlent de ce qu'ils ignorent; réponse un peu brutale sans doute, mais ils la méritent. Les autres en connaissent quelque chose ; ils l'ont étudié, mais incomplétement. Ils n'ont pas su s'en servir, parce qu'ils en savaient trop peu. Ils ont oublié ce peu qu'ils savaient, et ne se rappellent plus que la peine stérile qu'ils ont eue à l'apprendre. Leur témoignage ne saurait l'emporter sur celui des hommes qui, dans des positions toutes semblables, ont su tirer profit de leur connaissance du droit romain, et ont hautement proclamé combien ils lui étaient redevables.

Il dépend de vous, messieurs, de vous ranger parmi les admirateurs ou parmi les détracteurs du droit romain : vous serez au nombre de ceux-là ou vous passerez au camp de ceux-ci, selon

le degré d'intelligence et de persévérance que vous mettrez à l'étudier.

Deux années sont à présent consacrées à l'enseignement du droit romain. Il n'en a pas toujours été ainsi. Lors de l'organisation des Facultés de droit, ce cours ne durait qu'une année. Ce n'était pas assez ; car c'est à mesure qu'on l'approfondit qu'on l'apprécie mieux. Les élèves ne voyaient d'ordinaire que l'écorce souvent un peu dure et parfois étrange du droit romain. C'était le temps où les reproches de ses détracteurs paraissaient avoir le plus de fondement. Le niveau des études de droit romain était tombé bien bas en France au commencement de ce siècle ; nos voisins nous en firent honte plus d'une fois : il s'est bien relevé depuis, grâce à de savants et infatigables maîtres dont je vous ferai connaître dans une prochaine leçon le nom et les travaux. Celui qui sait trop peu de droit romain n'en retire pas plus d'utilité que s'il n'en savait pas du tout. Dans un cours de deux années au lieu d'une, le professeur peut, non plus se borner aux Institutes de Justinien, mais faire connaître quelque chose des écrits des grands jurisconsultes de l'époque classique, et c'est là précisément un des buts qu'on doit surtout s'efforcer d'atteindre dans un cours de droit romain.

Maintenant que vous savez pourquoi vous étudiez le droit romain, et pourquoi ce cours durera deux ans, laissez-moi vous donner quelques conseils sur la manière de travailler que je vous recommande.

Je vous dirai d'abord : venez au cours. Vous avez sans doute des livres et d'excellents. Mais, quel que soit le mérite d'un livre, il ne saurait entièrement suppléer l'enseignement oral ; c'est à l'aide de la parole qu'on apprend le plus facilement et le mieux.

Il est un détail sur lequel je me permettrai d'insister, parce que je le crois important. Il ne suffit pas que vous veniez ici exactement, que vous m'y prêtiez l'attention la plus soutenue ; il faut encore que vous preniez des notes. Voici la manière de les prendre que je crois la meilleure : je laisse, bien entendu, à chacun de vous toute liberté de la modifier suivant la tournure de son esprit.

Ne prenez pas les notes au crayon avec l'intention de vous en servir pour faire chez vous une rédaction. Prenez-les tout de suite à l'encre et aussi lisiblement que vous pourrez le faire en

écrivant un peu vite. Une fois rentrés chez vous, relisez ces notes, méditez-les. Consultez les textes que je vous aurai cités au cours ; vérifiez par vous-mêmes s'ils contiennent bien ce que je vous aurai dit devoir y trouver. Je ne vous demande pas de me croire sur parole : *nullius jurare in verba magistri*. Ayez sans cesse entre les mains les Institutes de Gaius, celles de Justinien et le Digeste. L'étude directe et immédiate des textes est la bonne, je dirais presque la *seule* manière de bien apprendre le droit romain. Complétez ensuite, à l'aide des auteurs, ce que je n'aurai pu vous dire au cours, car je n'ai nullement la prétention de vous dire tout. Rédigez enfin, c'est un excellent exercice ; mais faites une rédaction séparée, et conservez les notes prises au cours sans les mêler avec autre chose.

Je terminerai, messieurs, l'entretien d'aujourd'hui en indiquant à grands traits les différents objets de cet enseignement.

Conformément aux derniers règlements relatifs à l'enseignement du droit romain dans les Facultés, nous expliquerons les Institutes de Justinien en en rapprochant les textes du Digeste, du Code et des Novelles qui les complètent ou les modifient, et sans oublier les monuments du droit antéjustinien qui nous sont parvenus, tels que les Institutes de Gaius, les *Sentences* de Paul, les *Regulæ* d'Ulpien. Un grand nombre de méthodes s'offrent à nous pour la distribution des différentes matières. J'adopterai, comme la plus simple et la plus commode pour vous, celle qui consiste à prendre pour base l'ordre même des Institutes. Vous étudierez ainsi, en première année, les deux premiers livres des Institutes de Justinien, c'est-à-dire : 1° l'état des personnes et leur division en libres ou esclaves, ingénus ou affranchis, *sui* ou *alieni juris* (liv. Ier des Institutes) ; 2° la théorie des droits réels en général, les manières d'acquérir (liv. II des Institutes, tit. I-IX) ; 3° les successions testamentaires, les legs et les fidéicommis (liv. II, tit. X-XXV) ; en deuxième année, les deux derniers livres des Institutes, c'est-à-dire : 1° les successions *ab intestat ;* 2° la théorie des obligations ; 3° les actions, ou la procédure romaine.

Nous n'aborderons pas immédiatement l'étude des textes : il y a des notions préliminaires qui sont indispensables à ceux qui, comme vous, messieurs, sont au début de leurs études juridiques. Nous commencerons donc par une introduction.

Une introduction générale à l'étude du droit est à elle seule un

sujet assez vaste pour faire l'objet d'un enseignement spécial. Cet enseignement n'existe pas en France. On a cependant fait des tentatives pour l'y établir, mais elles n'ont pas réussi. Ce n'est pas ici le lieu de rechercher les causes de ce résultat regrettable En Allemagne, il en est autrement : les universités allemandes ont des cours spéciaux d'introduction générale à l'étude du droit, connus sous le nom de *Cours d'encyclopédie juridique*, expression consacrée depuis un siècle environ, depuis 1767, époque où elle a été mise en usage par Pütter. Le soin de combler la lacune qui existe à cet égard dans l'enseignement du droit en France incombe aux professeurs de première année. Votre professeur de Code Napoléon vous fera une introduction particulièrement appropriée au droit français; j'essayerai de vous en donner une particulièrement appropriée au droit romain.

Cette introduction se composera de deux parties : la première, dont le caractère aura quelque chose de philosophique, contiendra des notions générales sur le droit, la loi, la jurisprudence et l'équité; sur la distinction qui sépare la morale du droit naturel et celui-ci du droit positif; enfin, j'indiquerai quelles sont les diverses branches de la science du droit : droit public, droit privé; droit constitutionnel, droit administratif, droit criminel; droit civil, droit commercial; droit théorique et droit pratique ou procédure; droit des gens ou droit international. Vous verrez combien cette science est vaste, et quelle place y occupent les divers objets de vos études de cette année.

La seconde partie de notre introduction sera historique : nous nous renfermerons, bien entendu, dans l'histoire du droit romain.

L'histoire du droit romain, messieurs, comme l'histoire de toute législation quelconque, est de deux sortes. La distinction profondément rationnelle de ces deux espèces d'histoires remonte à Leibnitz, qui la formula le premier.

L'une des sortes d'histoires du droit consiste à rechercher en quelles mains résidait, à diverses époques, le pouvoir législatif par exemple, s'il appartenait au chef de l'État, ou au peuple entier, ou à une fraction du peuple. On ne s'y occupe pas de la règle de droit elle-même, mais de l'autorité qui avait mission de l'établir. On la désigne de deux manières : tantôt on l'appelle *Histoire des sources du droit;* tantôt on l'appelle *Histoire externe du droit :* cette dernière expression vient de l'Allemagne.

L'autre espèce d'histoire du droit consiste à étudier le développement des diverses institutions juridiques, à suivre chaque règle de droit dans ses transformations successives. On l'a quelquefois désignée sous le nom d'*Antiquités du droit*. Nous l'appellerons *Histoire interne*, par opposition à la précédente. L'avantage de ces deux expressions est d'offrir un contraste saisissant, facile à graver dans la mémoire.

De ces deux espèces d'histoires du droit, la seconde, l'histoire interne, ne sera pas séparée de l'explication des textes, et à vrai dire, notre cours entier sera constamment une histoire interne du droit romain : c'est ainsi, du moins, que je conçois l'enseignement de la législation romaine dans notre pays. En conséquence, nous ne nous occuperons dans notre introduction que de la première, c'est-à-dire de l'histoire externe.

Il y faut nécessairement distinguer plusieurs époques ou périodes différentes. On peut, après le célèbre historien anglais Gibbon, comparer à la vie humaine l'histoire du droit romain, et y distinguer l'enfance ou la formation du droit, depuis la fondation jusqu'aux Douze Tables ; la jeunesse ou le développement, des Douze Tables à la mort de Cicéron ; la virilité ou la perfection, de la mort de Cicéron à celle d'Alexandre Sévère ; enfin la vieillesse ou la décadence, d'Alexandre Sévère à Justinien. C'est en suivant cet ordre que nous examinerons les sources du droit romain, en ajoutant quelques notions sur la *Littérature du droit* à chaque époque, c'est-à-dire sur les travaux auxquels la science juridique a donné lieu à chacune de ces périodes.

Arrivés à Justinien, nous rencontrerons les grands travaux de compilation dont je vous disais un mot en commençant ; nous entrerons dans quelques détails sur leur rédaction, principalement sur celle des Pandectes.

Cet exposé de l'histoire externe du droit romain sera suivi de celui des destinées du droit romain, soit en Orient, soit en Occident.

En Orient, dans le Bas-Empire, nous le verrons devenir, en subissant quelques modifications, le droit qu'on désigne sous le nom de *droit byzantin*, et dont les *Basiliques* sont le principal monument.

En Occident, il est diversement admis par les barbares germains, après la chute de l'empire, et se résume dans l'*Edictum*

Theodorici pour les Ostrogoths, dans le *Bréviaire d'Alaric* pour les Wisigoths, et dans le *Papien* pour les Bourguignons.

Au douzième siècle, un mouvement intellectuel célèbre, parti de l'Italie, donne à l'étude du droit romain une impulsion immense. La ville de Bologne est le foyer de cette renaissance juridique ; les jurisconsultes auxquels elle est due sont connus sous le nom de Glossateurs ; leur chef est Irnérius. Les Glossateurs occupent la fin du douzième et le treizième siècle. A l'école des Glossateurs succède celle de Bartole et des Bartolistes, qui remplissent le quatorzième et le quinzième siècle : ils ont joui, de leur temps, d'une très-grande renommée, mais depuis ils ont été jugés bien sévèrement, et il faut avouer qu'ils méritent cette sévère appréciation.

Au seizième siècle, c'est chez nous, messieurs, que le droit romain brille du plus vif éclat. C'est l'époque où vécurent les grands jurisconsultes qui ont fait la gloire de l'école française, Cujas, Dumoulin, Doneau, Duaren, et une foule d'autres, dont on ne saurait prononcer les noms sans respect et admiration.

Au dix-septième siècle, l'école hollandaise estdigne de prendre place à côté de l'école française. Les noms les plus fameux sont ceux de Vinnius, de G. Noodt, de Voët.

L'Allemagne arrive la dernière, mais c'est elle qui tient aujourd'hui la palme du droit romain. Au dix-septième et au dix-huitième siècle, elle avait sans doute produit des travaux recommandables ; il en parut aussi de très-estimables en Espagne, en Portugal, en Belgique, sans que toutefois ces divers pays eussent donné naissance à une école qui pût être mise à côté des écoles italienne, française et hollandaise. Il n'en est plus de même aujourd'hui : l'école allemande peut rivaliser avec les trois premières. Depuis la fin du dix-huitième siècle, et pendant tout ce qui vient de s'écouler du dix-neuvième, l'Allemagne a exploré toutes les parties du droit romain avec une activité qui lui donne aujourd'hui le premier rang. Si elle nous dépasse aujourd'hui dans cette étude, nous en indiquerons les motifs, et nous verrons que nous avons plus d'une raison de nous en consoler. Parmi les noms de cette école toute contemporaine, je vous citerai ceux de Hugo, Haubold, Savigny, Gans, Thibaut, Glück, Mühlenbruch, Puchta, Vangerow, Keller.

Chacune de ces écoles a son mérite propre ; nous essayerons

de le distinguer, et de faire voir quels services chacune a rendus à la science.

Il faut, messieurs, que les noms de ces célèbres jurisconsultes vous deviennent aussi familiers que vous le sont déjà ceux des fameux écrivains de la Grèce, de Rome et de la France. Vous verrez à quelle activité prodigieuse le droit romain a donné lieu. C'est une mine féconde, sans cesse exploitée, et dont les richesses sont inépuisables.

Puisse l'exemple de tant de fortes intelligences qui se sont livrées à l'étude du droit romain vous inspirer le désir de vous y livrer vous-mêmes avec ardeur et avec patience ! Puisse votre application à cette belle et noble étude porter le double fruit qu'il est permis d'en espérer : vous former le sens juridique et vous mettre à même de mieux connaître la législation française ! Puisse-t-elle enfin faire de vous des hommes utiles à votre pays dans les diverses et nombreuses carrières auxquelles donne accès la connaissance du droit !

ERNEST DUBOIS,
Professeur agrégé à la Faculté de Nancy.

DES ORIGINES
DU POUVOIR MINISTÉRIEL EN FRANCE.

PREMIER ARTICLE.

DES SECRÉTAIRES D'ÉTAT SOUS LE RÈGNE DE LOUIS XIV[1].

« A qui Votre Majesté veut-elle que je m'adresse à l'avenir? disait à Louis XIV l'archevêque de Rouen, président de l'assemblée du clergé, le lendemain de la mort de Mazarin (9 mars 1661).

— A moi, monsieur l'archevêque, à moi-même, répondit le jeune roi[2]. »

Cette déclaration marque l'avénement définitif du système gouvernemental, qui a régi la France jusqu'en 1789. L'ancienne monarchie tempérée venait de succomber sans retour sous les rudes attaques de Richelieu; Mazarin avait confirmé sa défaite. A Louis XIV appartenait d'organiser le nouvel ordre de choses. Une des premières conséquences, ou, pour mieux dire, une des premières conditions du succès de son œuvre, devait être une profonde modification dans les hautes régions du pouvoir, une transformation presque complète dans les coopérateurs de la royauté.

L'omnipotence, l'infaillibilité du souverain résumant l'État dans sa personne, source de toute justice et de toute grâce, l'obéissance entière et passive des sujets, sans distinction d'ordres ni de rangs, tels étaient les deux principes fondamentaux sur lesquels la monarchie allait reposer désormais.

Il fallait faire entrer ces principes dans les mœurs, y façonner les esprits, encore tout émus des souvenirs de la Fronde. Pour cette grande tâche, Louis XIV ne pouvait compter sur le

[1] Histoire de la vie et de l'administration de Colbert; Lettres, Instructions et Mémoires de Colbert, par M. Pierre Clément. — Histoire de Louvois, par M. Camille Rousset. — Correspondance administrative du règne de Louis XIV, par M. Depping. — Mémoires du duc de Saint-Simon. — Journal de Dangeau.

[2] *Mémoires de Choisy*, p. 222.

concours, réclamer la collaboration des grands pouvoirs déjà existants. Les parlements, les officiers de la couronne se rappelaient leur récente indépendance, les droits et les priviléges que la royauté venait de leur arracher. C'était d'ailleurs contre eux, contre ce qu'ils avaient encore conservé d'autorité, que devaient être dirigées les premières et les plus sérieuses attaques.

Il avait besoin de coopérateurs ne tenant leur autorité que de lui, qui dussent tout gagner à l'établissement du pouvoir absolu, dont les progrès fussent attachés aux développements de ce pouvoir.

Il les trouva dans les *secrétaires d'État*.

Ces fonctionnaires existaient déjà; leur importance s'était même considérablement accrue depuis un siècle, mais ils restaient encore des rouages secondaires, quoique nécessaires: l'impulsion avait jusqu'alors appartenu aux premiers ministres et aux conseils du roi, où siégeaient les princes du sang et les représentants de la haute noblesse.

Du gouvernement personnel de Louis XIV, date l'avénement des secrétaires d'État à la vie politique.

Nous avons cru qu'il ne serait pas sans intérêt d'essayer de retracer leur histoire, d'exposer les phases diverses par lesquelles ont passé leurs charges, jusqu'au moment où s'écroula l'édifice de la monarchie française, dont ils furent les derniers ouvriers.

Les nombreuses et importantes publications, qui se succèdent comme à l'envi, depuis quelques années, sur le dix-septième et le dix-huitième siècle, nous fourniront à cet égard de précieux documents.

Le cadre de cette étude est large, moins large cependant qu'il ne le paraît au premier abord; il ne comprend pas, en effet, toutes les origines du pouvoir ministériel, tel qu'il est constitué de nos jours. Jusqu'en 1789, deux grands services, la justice et les finances, ne firent point partie des attributions des secrétaires d'État; ils étaient confiés au *chancelier* et au *contrôleur général*; ils devront rester, par suite, jusqu'à un certain point, en dehors de notre travail; nous nous bornerons, en ce qui les concerne, aux détails nécessaires pour caractériser les diverses transformations du pouvoir ministériel, et en bien faire saisir l'ensemble.

Avant de commencer, il est un préliminaire qui nous semble

indispensable, celui de rappeler quelle avait été, avant Mazarin, l'existence des secrétaires d'État. Nous le ferons très-brièvement, en résumant à grands traits les principales données d'un article que nous avons consacré, il y a quelques années, à ce sujet spécial [1].

I

L'institution des secrétaires d'État en titre d'office date seulement de l'édit de 1547; mais, comme beaucoup d'ordonnances d'organisation, cet édit ne fit que consacrer ce qui était déjà presque établi en fait.

L'existence des secrétaires est aussi ancienne que celle des États; les souverains ont toujours eu besoin, en effet, d'avoir près de leur personne un fonctionnaire chargé de formuler leurs volontés.

Sous les premiers Capétiens, cet emploi était confié au chancelier; il rédigeait les décisions prises dans le conseil des clercs et des barons, où se réglaient la plupart des affaires publiques et administratives d'alors, et apposait sur les chartes et actes publics l'empreinte du sceau royal, dont la garde lui était confiée. Ce fut seulement dans le courant du treizième siècle que, s'élevant de cette position subalterne, il prit rang parmi les grands officiers de la couronne, alors au nombre de quatre : le connétable, le sénéchal, le bouteiller et le grand chambrier.

Le promoteur de cette transformation, première origine du pouvoir civil en France, fut l'évêque de Senlis, Guérin, qui, sous le règne de Philippe-Auguste, et surtout sous celui de Louis VIII, exerça une grande influence sur toutes les affaires. C'est de lui que date réellement la prééminence de la dignité de chancelier.

Devenus chefs de la justice et des conseils du roi, ses successeurs gardèrent la disposition du sceau; mais, en se réservant un droit de visa sur les expéditions les plus importantes, ils abandonnèrent les détails du secrétariat aux clercs notaires placés sous leurs ordres, et dont l'origine remontait, comme la leur, à l'organisation romaine [2].

[1] *Revue historique de droit français et étranger*, mars-avril 1855.

[2] Voir le Mémoire lu par M. Egger à la séance publique de l'Académie, le 14 août 1858.

Ce fait, peu considérable en soi, devait donner naissance à des fonctionnaires avec lesquels le chancelier eut plus tard à compter, et qui de nos jours sont devenus ses collègues et ses égaux.

Simples expéditionnaires jusqu'alors, les clercs notaires reçurent, de la situation nouvelle que leur faisait l'élévation de leur chef, une certaine indépendance, un certain droit de rédaction, et par suite d'initiative. Le secrétariat comprenait l'expédition de toutes les affaires de l'État. Ayant accès près du souverain, quelques-uns d'entre eux, plus capables ou plus habiles, surent fixer son attention et se faire attribuer le travail des questions les plus importantes, tandis que leurs collègues restaient chargés des simples expéditions du sceau. Telle est l'origine des secrétaires d'État.

Déjà, sous Philippe le Bel, les fonctions plus spéciales conférées à ces notaires leur avaient fait donner le titre particulier de *clercs du secré*. Un règlement de 1309 ordonne qu'il y ait près de la personne du roi trois clercs du secré et vingt-sept clercs ou notaires. L'un des trois clercs était le frère du fameux Enguerrand de Marigny ; il fut depuis archevêque de Sens.

Dans le principe, la position des clercs du secré, malgré les avantages qu'elle leur assurait, resta la même que celle des autres notaires ; elle dépendit exclusivement de l'inclination et de la faveur du monarque ou de ses ministres ; mais ils surent promptement mettre les circonstances à profit pour les régulariser. On voit, sous Philippe de Valois, par les registres de la Cour des comptes, qu'en 1343 ils s'étaient fait déjà attribuer, avec le titre de secrétaire [1], le droit de signer, à l'exclusion de tous autres, les expéditions des dons et finances, ce qui ne laissa pas d'accroître promptement leur importance, les finances étant déjà alors, ainsi que l'observait un auteur de cette époque, « le mobile qui donnait le mouvement à tout le corps de l'État. »

Chaque règne vit, avec les idées d'organisation générale, avec les progrès du pouvoir civil, croître presque simultanément l'importance des charges des secrétaires des finances. Les attributions des divers agents de la royauté étaient alors encore mal définies, ou plutôt, c'était au degré de confiance qu'ils inspiraient

[1] Ce titre devint commun à tous les notaires, en 1381.

au monarque, bien plus qu'à la nature de leurs fonctions, que ces agents devaient la part qu'ils prenaient au gouvernement.

Le caractère d'officiers publics, que conférait aux secrétaires des finances la charge de notaire du roi, inhérente à celle dont ils étaient revêtus [1], en dispensant de tout autre intermédiaire, facilitait leur intervention dans l'administration générale; cependant, à l'avénement de Charles VIII, ce n'était encore qu'en matière de finances qu'ils avaient le droit exclusif de transmission des ordres du souverain. Pour que la participation accidentelle, que plusieurs d'entre eux avaient déjà eue aux affaires de l'État, y fût officiellement étendue, il fallait qu'un homme, aidant par le mérite et la faveur la conjoncture des temps, fît pour les secrétaires des finances ce que Guérin de Senlis avait fait pour les chanceliers : cet homme fut Florimond Robertet. Employé, sous les règnes de Charles VIII et de Louis XII, aux plus importantes négociations, chargé de l'administration générale du royaume [2], il vit son crédit s'accroître encore sous François Ier, et mourut, peu de temps après l'avénement de ce prince, ayant, conjointement avec le sire de Boisy, grand maître de l'hôtel, la principale *superintendance des affaires*.

L'importance qu'il avait acquise à sa charge ne s'éteignit pas avec lui. Le pas était franchi; et, d'ailleurs, le développement progressif du pouvoir civil rendait nécessaire, pour assurer la régularité de son action, la création de fonctionnaires nouveaux, chargés des communications entre l'autorité centrale et les autorités inférieures.

[1] « Tout secrétaire des finances devait être pourvu d'une charge de notaire secrétaire du roi. » (Règlement de 1413, art. 224.) Cette obligation avait eu à l'origine pour but de restreindre le nombre toujours croissant des secrétaires des finances. Elle se maintint pour les secrétaires d'État. En 1633, un arrêt du Conseil, rendu à la requête de la compagnie des secrétaires du roi, ordonna au secrétaire d'État Chavigny de se pourvoir d'une charge de secrétaire du roi dans les six mois, faute de quoi il ne pourrait signer les lettres ordinaires du sceau.

[2] « Il gouvernait tout le royaume, dit dans ses Mémoires le maréchal de Fleuranges, car, depuis que M. le légat d'Amboise mourut, c'était l'homme le plus approché de son maître et sans point défaut, c'était l'homme le mieux entendu que je pense guère avoir vu, et du meilleur esprit, qui s'est mêlé des affaires de France, et qui en a eu la totale charge, et a eu cet heur qu'il s'y est toujours merveilleusement porté. »

Une des premières ordonnances rendues par Henri II fut celle qui donna aux successeurs de Robertet l'investiture officielle des fonctions que, depuis lui, ils exerçaient en fait[1].

Le règlement du 1er avril 1547 réduisit à quatre le nombre des conseillers et secrétaires des commandements et finances, lesquels eurent charge des expéditions en les affaires d'État, et durent faire les dépêches et réponses ès lieux et endroits énoncés dans le département qui suit :

Bochetel : Normandie, Picardie, Flandre, Écosse et Angleterre.

Clausse : Provence, Languedoc, Guyenne, Bretagne, Espagne et Portugal.

De L'Aubespine : Champagne, Bourgogne, Bresse, Savoie, Allemagne, Suisse.

Du Thiers : Piémont, Rome, Lyon, Dauphiné, Venise, Levant.

Cette mesure avait été prise, disaient les lettres confirmatives du 14 septembre 1547, afin que « chacun des secrétaires sceut ce qu'il a à faire, et que dorénavant telles expéditions et despêches d'État, qui sont les choses les plus dignes et les plus importantes qui soient à manier auprès de la personne du roi, fussent sans aucune confusion, mais avec l'ordre et dignité qu'il appartient, conduites et maniées. »

Le département du 1er avril était, ainsi qu'on vient de le voir, un règlement de pays et provinces, et non pas d'attributions; la division était purement géographique. Chaque secrétaire avait, dans sa circonscription, l'expédition des affaires de toute nature. Il n'avait, du reste, aucune initiative, aucune action ; il se bornait à transmettre les décisions prises par le conseil du roi, centre unique d'où partait et où venait aboutir le mouvement gouvernemental. Dans ce conseil, les affaires étaient, suivant leur nature, mises en délibération par le connétable et le chancelier, les deux grands représentants de l'autorité à cette

[1] On voit en effet, dans une commission délivrée le 23 août 1542 à Guillaume Prudhomme pour signer en finances, que cette signature lui est confiée, bien qu'il ne soit du nombre des secrétaires en finances, parce que ceux-ci sont « les uns occupés à l'entour de la personne de Sa Majesté à l'expédition d'autres principales et importantes affaires de l'État, et les autres en autres charges non moins considérables. »

époque. L'ordonnance du 2 avril 1547, qui réorganisa le conseil de Henri II, y admit les quatre secrétaires des finances, mais seulement en qualité d'assistants.

Le titre de ces secrétaires ne changea pas d'abord avec leurs fonctions. Dans un brevet de 1551, on les trouve tous les quatre contre-signant au-dessous du roi, et ne prenant encore que la qualité de secrétaires signant ès ses commandements et finances.

Ce fut seulement, suivant la tradition, huit ans après, lors de la signature du traité de Cateau-Cambrésis (1559), que Claude de L'Aubespine [1], qui était au nombre des plénipotentiaires de la France, voyant les ministres du roi d'Espagne s'intituler *secrétaires d'État*, leur emprunta cette qualification qu'il trouvait plus imposante que la sienne, et il fut imité par ses trois collègues qui n'avaient point signé au traité. « Oyans, dit Pasquier dans ses *Recherches sur la France* (liv. VIII, p. 788), que les secrétaires des commandements de l'Espagnol s'appelaient secrétaires d'État, comme naturellement les Français sont soucieux de nouveautés, nous quittâmes le mot de commandement en ces secrétaires, et commençâmes de les nommer secrétaires d'État, ainsi que nous les appelons aujourd'hui, ayant laissé ce qui estait de notre creu [2]. »

Le département des secrétaires d'Etat ne subit aucune modification jusqu'en octobre 1567. A cette époque, une ordonnance royale répartit dans un ordre différent les pays et provinces entre les secrétaires, et attribua à l'un d'eux la gendarmerie et la maison du roi. Quatre ans auparavant, la rédaction et l'expédition des délibérations du conseil des finances avaient été confiées à des secrétaires spéciaux, mais sous la condition du contre-seing d'un secrétaire d'État.

Au moment même où fut mis en vigueur le département d'octobre 1567, Nicolas de Villeroy [3], âgé de vingt-quatre ans,

[1] Ce fut lui, d'après Saint-Simon, son descendant, il est vrai, qui mit les secrétaires d'État hors de page et signa le premier pour le roi. (T. V, p. 450.)

[2] Bien que le titre de secrétaire d'Etat prévalût désormais dans l'usage, ces fonctionnaires continuèrent jusqu'en 1789 à être qualifiés officiellement secrétaires d'État des commandements et finances de Sa Majesté. Le premier, dont les provisions furent expédiées avec la qualité de secrétaire d'Etat, a été Claude de l'Aubespine, reçu en survivance de son père en 1560.

[3] Il a publié des Mémoires fort intéressants. Voir Petitot, 1re série, t. XLIV.

succédait à de L'Aubespine, son beau-père. Il commença dès lors la grande faveur dont il jouit presque sans interruption sous quatre rois. « Il se rendit si agréable au roi Charles, dit Fontenay-Mareuil dans ses Mémoires (C. Petitot, t. L, 1re série, p. 410), qu'il exerça sa charge, tant qu'il vécut, avec une espèce de faveur, ne partant pas d'auprès de lui, et estant tout à fait dans sa confidence. Ce fut alors seulement et en sa considération, à ce qu'on dit, que les secrétaires d'État commencèrent à signer pour le roy toutes sortes d'expéditions, les roys précédents ayant accoutumé à signer eux-mêmes ; mais le roy Charles, qui était impatient et emporté dans ses plaisirs, plaignant le temps qu'il y employait, en donna le pouvoir à M. de Villeroy, en disant qu'il n'y aurait pas plus de danger qu'il les signât que de les faire, puisqu'il s'en remettait tout à fait à lui et ne les lisait pas. Ensuite de quoi, tous les autres secrétaires d'État firent le même, et s'est toujours fait depuis, les roys ayant trouvé un grand soulagement et n'en estant arrivé aucun mal. »

Ainsi, dans cette circonstance comme dans celle où ils changèrent de titre, comme dans presque toutes les autres du reste, ce fut par l'influence personnelle, par un empiétement heureux d'un des leurs, bien plus qu'en vertu d'actes officiels, que les secrétaires d'État virent se développer l'importance de leurs attributions. Bientôt ils furent admis dans les conseils sur le même pied que les autres membres. « Les secrétaires d'État, disait le règlement du 31 mai 1582, auront entrée et séance au conseil, en considération du long temps qu'ils font le service de leurs charges [1]. »

Toutefois, les progrès du pouvoir des secrétaires d'État ne s'accomplirent pas sans soulever des résistances. La noblesse souffrait impatiemment qu'il s'élevât des intermédiaires entre elle et le souverain. Cédant aux suggestions des seigneurs qui l'entouraient, craignant peut-être aussi, au milieu des troubles qui désolaient son royaume, de remettre une trop grande part d'autorité à des fonctionnaires qui pouvaient en user contre lui, Henri III tenta de ramener leur position à ce qu'elle était dans l'origine, de la renfermer dans des limites plus étroites. Tel fut

[1] Voir dans les Mémoires d'État de Villeroy (C. Petitot, 1re série, t. XLIV p. 99), le tableau de l'importance des charges des secrétaires d'État.

l'objet de plusieurs ordonnances, et notamment du règlement du mois de mai 1588.

Des dispositions de ce règlement, le seul étendu que nous possédions sur la matière, la plupart étaient temporaires et s'inspiraient des circonstances exceptionnelles et critiques où elles furent édictées ; telles étaient l'interdiction faite aux secrétaires d'État de recevoir ou d'écrire aucune dépêche de leur chef, l'obligation de se rendre tous les matins auprès du roi pour y ouvrir la correspondance, lui en donner lecture et prendre ses ordres pour les réponses, qui devaient être rapportées à sa signature le lendemain matin au plus tard ; telle encore la défense expresse de hanter ni fréquenter nuls princes, ni seigneurs, etc. ; elles tombèrent promptement en désuétude ; mais quelques autres dispositions sont restées toujours en vigueur. Nous citerons entre autres la prestation entre les mains du roi du serment, précédemment reçu par le chancelier [1] ; la fixation du nombre des charges à quatre ; la faculté réservée au souverain d'en changer le département et de le déléguer en cas d'absence ; l'ordre prescrit pour la réception et l'expédition des placets, dont chaque secrétaire d'État, à tour de rôle, dût être chargé pendant un mois [2].

Le traitement des secrétaires d'État était fixé à 3,000 écus. Depuis 1547, il avait été de 3,000 livres tournois ; précédemment il ne s'élevait qu'à 1,628 livres.

Le personnel des bureaux des secrétaires d'État ne pouvait dépasser un commis et six clercs soumis à l'agrément du roi et rémunérés au moyen de taxations (4 livres 10 sols par peau de

[1] Formule du serment des secrétaires d'État : « Vous promettez et jurez à Dieu que bien et loyalement vous servirez le roi en la charge de secrétaire d'État, et de ses commandements dont il vous a pourvu ; que vous ne ferez aucune expédition contraire aux règlements et ordonnances de Sa Majesté et sans son exprès commandement ; que vous tiendrez ses affaires secrètes et n'accepterez état, pension, présents, ny bienfaits d'autres que de Sa Majesté, si ce n'est par sa permission ; que vous révélerez à Sa Majesté tout ce que vous entendrez importer à sa personne ou à ses affaires, et généralement ferez et accomplirez en ladite charge tout ce qu'un bon et loyal serviteur doit faire pour son devoir en la charge dont Sa Majesté vous honore. » (Biblioth. impér., fonds Serilly 152, p. 222.)

[2] Voir ce règlement *in extenso* dans Guillard, *Histoire des conseils du roi.*

parchemin et 15 sols par feuillet de papier écrit[1]); telle est l'origine de tous les services intérieurs des ministères.

Le règlement de 1588 fut bientôt suivi d'une modification nouvelle qui n'y était pas, explicitement du moins, indiquée, et qui commence à donner aux charges des secrétaires d'État une physionomie plus moderne.

En présence de l'insurrection générale qui suivit la mort du duc de Guise aux États de Blois (23 décembre 1588), Henri III sentit qu'il fallait se préparer à une lutte suprême, et, dans ce but, il songea à assurer à certaines grandes branches des services publics une direction unique et par suite plus énergique. Le règlement du 1er janvier 1589 confia à l'un des secrétaires d'État la correspondance de toutes les affaires étrangères; ce ministère subsista toujours depuis, sauf une dissolution passagère de 1624 à 1626. Le secrétaire d'État, déjà chargé de la maison du roi, reçut aussi le département de la guerre, mais seulement en ce qui concernait les états; toutes les autres expéditions nécessaires aux mouvements des troupes, aux garnisons, etc., restèrent confiées à chaque secrétaire pour les pays et provinces de son département.

L'édit de Nantes, rendu en 1598, fit réunir toutes les affaires des protestants entre les mains d'un seul secrétaire, sous le nom d'*affaires générales de la religion prétendue réformée*.

Trois ans auparavant, on voit, par un règlement du conseil, que les secrétaires d'État avaient séance aux conseils des finances et privé (1595). Cependant, à l'exception de Villeroy, qui, disgracié en 1588, à cause de ses intelligences avec la Ligue, était promptement revenu en faveur, ces fonctionnaires n'eurent pas grande influence sous le règne de Henri IV, et virent leurs attributions singulièrement restreintes par l'action qu'exerçait sur toutes les parties du gouvernement le duc de Sully, surintendant des finances, grand voyer, grand maître de l'artillerie, surintendant des bâtiments et fortifications, grand maître des ports et havres, capitaine héréditaire des eaux et rivières.

[1] Ce mode de rémunération existait encore au milieu du dix-septième siècle. On trouve dans le manuscrit 239 du fonds Saint-Germain, p. 178, un état des cahiers et expéditions faits pendant l'année 1639 par le premier commis du secrétaire d'État Chavigny, et présenté avec l'attestation de ce secrétaire au contrôle de la Cour des comptes.

C'est de la fin du règne de Henri IV ou, si l'on en croit l'opinion la plus répandue, des premières années de celui de Louis XIII, que date l'institution du conseil des dépêches, où les secrétaires d'État jouèrent le principal rôle, et qui tira son nom des lettres ou *dépêches* par lesquelles ces fonctionnaires signifiaient aux provinces comprises dans leurs départements les résolutions adoptées. Le nouveau conseil existait en 1617, ainsi que l'atteste le passage suivant du cahier des propositions soumises à l'assemblée des notables, qui se tint cette année à Rouen :

« Le conseil des affaires, où se visent les dépêches du dedans et du dehors du royaume, se tiendra en présence du roi, avec les princes et seigneurs de son conseil qu'il plaira à Sa Majesté y appeler, aux lieux et heures qui seront ordonnés. Audit conseil seront lues toutes les dépêches et délibérées les réponses de ce qui sera à faire sur le contenu et à l'occasion d'icelles ; seront lues aussi les réponses et les instructions qui seront baillées aux ambassadeurs et autres qui seront envoyés vers les princes étrangers et ailleurs, et généralement les affaires de la plus grande importance, soit pour la paix, soit pour la guerre. »

On le voit, à l'origine, le conseil des dépêches comprenait parmi ses attributions aussi bien les affaires étrangères que celles relatives à l'administration intérieure du royaume. Le règlement de 1630, sur le Conseil d'État, restreignit son action aux secondes. Il eut ainsi pour principal objet d'établir entre les secrétaires d'État, pour les matières mixtes, ressortissant à plusieurs départements, une entente préalable, que rendait de jour en jour plus nécessaire le développement de l'administration civile.

Le règlement du 11 mars 1626 compléta l'organisation du secrétariat de la guerre, en lui attribuant toute la direction des troupes et armées à l'extérieur du royaume, le taillon et l'artillerie ; la correspondance et les expéditions avaient été jusqu'alors réparties dans une certaine mesure entre tous les secrétaires d'État. (Règlements de 1589 et du 29 avril 1619.) Cependant, les autres secrétaires conservèrent encore une part à l'administration militaire intérieure ; mais on voit, par un règlement de 1644, qu'à cette date elle était rentrée dans les mains du secrétaire d'État de la guerre. Le règlement de 1626 divisa aussi

la marine[1] entre deux départements : celui de la guerre (marine du Levant) et celui des affaires étrangères (marine du Ponant). Le promoteur de cet acte fut Richelieu[2], qui, depuis 1624, avait pris la direction suprême des affaires. Nous n'avons pas l'intention d'entreprendre le récit, même abrégé, des actes de ce grand ministre. Il poursuivit, pendant dix-huit années, avec une indomptable énergie, l'œuvre de la centralisation monarchique, et « a vraiment posé, suivant la remarque d'un de ses derniers historiens, les assises sur lesquelles devaient bâtir, sous l'œil de Louis XIV, Colbert et Louvois. » Mais cette période ne nous présente aucun progrès à signaler dans les charges des secrétaires d'État. Force leur fut, au contraire, comme à tous les autres, de courber la tête sous le joug du tout-puissant cardinal; et, s'ils devaient, en définitive, ainsi que le prouvera la suite de cette étude, recueillir les bénéfices du nouveau système politique qu'il inaugurait, ils furent alors à peu près réduits au

[1] C'est la première fois qu'apparaît la marine dans les attributions des secrétaires d'État. Cependant, suivant M. d'Avezac (voir *Annales de la marine*, 1849, p. 60), on a des états de la marine du Ponant de 1605, signés par Louis Potier.

[2] Richelieu, au commencement de sa carrière, avait été un instant investi de la charge de secrétaire d'État de la guerre (30 novembre 1616). Cette position singulière pour un évêque suggère au maréchal d'Estrées, dans ses Mémoires, les réflexions suivantes : « La charge de secrétaire d'État de la guerre fut donnée à M. de Luçon, depuis cardinal de Richelieu, que la fortune conduisait par des chemins peu ordinaires à ceux de sa profession. Car, bien que dans les derniers siècles les évêques eussent eu beaucoup de part dans les affaires, et particulièrement dans les négociations au dedans et au dehors du royaume, il était pourtant sans exemple d'en voir un dans la charge de secrétaire d'État, dont les principales fonctions regardaient les affaires de la guerre. Cependant, comme c'était un génie fort élevé, il sut habilement se servir des moyens que les occasions lui donnaient de monter au premier rang et de parvenir à la grande puissance que l'on avait eu raison de prévoir à ses grandes qualités. » Le jour même où il avait été commis à la charge de secrétaire d'État, Richelieu, par un second brevet, avait obtenu préséance sur ses collègues tant au Conseil que partout ailleurs, à cause du caractère épiscopal dont il était revêtu. Ce droit de préséance excita, de la part des autres secrétaires, de vives réclamations, et lorsque l'évêque de Luçon eut été bientôt après, à la mort du maréchal d'Ancre, son protecteur (avril 1617), obligé de résigner sa charge, ils obtinrent du roi des lettres patentes décidant qu'à l'avenir les secrétaires d'État prendraient rang et séance suivant l'ordre de leur réception (18 août 1617).

rôle de simples agents de transmission[1]. Il est toutefois quelques-unes des mesures prises par Richelieu qui semblent de nature à être mentionnées ici, comme se rattachant plus directement à notre sujet. C'est d'abord le règlement du 18 janvier 1630, qui constitua le Conseil d'État sur les bases où il exista jusqu'en 1789[2]. C'est ensuite l'institution à poste fixe d'intendants dans les provinces; enfin, la suppression de la charge de connétable. Cette charge, par la juridiction à peu près absolue qu'elle attribuait à son titulaire sur les armées, avait été jusqu'alors un obstacle presque invincible à toute unité dans l'administration de la guerre. De Richelieu datent les premières tentatives sérieuses faites à cet égard.

Beaucoup moins importante au point de vue général, mais profitable aussi pour les secrétaires d'État, fut la nomination de Sublet de Noyers, ministre de la guerre, à la charge de surintendant des fortifications, que le marquis de Béthune, fils de Sully, avait réunie, de 1610 à 1634, à la grande maîtrise de l'artillerie. Les attributions du surintendant se confondirent avec celles du secrétaire d'État, et le titre lui-même disparut bientôt. Après la retraite de Sublet de Noyers, chaque secrétaire d'État se trouva maître de ce service dans les provinces de son département.

Cependant, au joug de fer de Richelieu avait succédé le pouvoir souple, insinuant, mais non moins absolu, de Mazarin. « Travailleur infatigable, dit Mme de Motteville dans ses Mémoires (t. IV, p. 244), il voulait connaître de tout et faire les charges de tous les secrétaires d'État. » Aussi, à sa mort, ces

[1] « Richelieu avait jour et nuit auprès de sa personne quelques secrétaires intimes, mais n'avait point de bureaux. Les secrétaires d'État, qui n'étaient que ses premiers commis, venaient prendre ses ordres, faisaient exécuter dans leurs bureaux le travail convenu, le soumettaient, quand cela paraissait nécessaire, au premier ministre, et puis le signaient eux-mêmes; Richelieu ne signait que ce qui se faisait dans son cabinet. Le P. Joseph lui-même ne semble pas avoir eu, plus que les secrétaires d'État, le privilège de rédiger les minutes signées par le cardinal. Celui-ci voulait tout voir et tout faire par lui-même. » Caillet, *Histoire de l'administration en France sous Richelieu*, préface, p. 18.

[2] Voir, dans l'ouvrage de M. Caillet, le chapitre qu'il a consacré au Conseil d'État. Le même auteur établit que les intendants existaient avant Richelieu, mais que ce fut lui qui en généralisa l'emploi.

fonctionnaires n'étaient-ils encore que des «sous-ministres,» comme les appelle Saint-Simon. L'avénement du gouvernement personnel les mit hors de page. Avant d'entreprendre le récit de cette transformation, il nous reste à indiquer quelle était, en 1661, l'organisation gouvernementale.

II

La haute direction des affaires appartenait au conseil du roi. Ce conseil avait pour président-né le chancelier (Pierre Séguier), chef suprême de la justice, organe officiel du monarque, chargé de veiller à l'exécution des lois dans tout le royaume. Il était, en outre, maître absolu de la librairie. Depuis l'ordonnance de 1630, l'Université avait perdu définitivement ses anciens droits sur la direction de l'imprimerie; aucun livre ne pouvait être publié sans lettres du grand sceau, délivrées après approbation de censeurs royaux désignés par le chancelier. Cependant, malgré ses attributions importantes, malgré sa prééminence sur les autres charges, ce haut fonctionnaire n'exerçait plus sur les décisions, en tant du moins qu'elles avaient trait aux grands intérêts de l'État, l'influence principale. Cette influence était alors dévolue au cardinal de Mazarin, décoré du titre de chef des conseils et de premier ministre d'Etat.

En 1661, suivant l'auteur de l'*Estat de la France*, le conseil du roi se subdivisait en six sections :

Le *conseil secret*, composé du roi, de la reine, du premier ministre et de ceux des princes ou des ministres que le roi jugeait bon d'y appeler.

Le *conseil d'en haut*, pour les affaires importantes regardant le général de l'État. Ses membres ordinaires étaient le roi, la reine, le premier ministre, le chancelier, le surintendant des finances et les autres ministres d'Etat.

Ce titre de ministre d'État a besoin d'être expliqué. Il est actuellement inhérent à celui de secrétaire d'État. Mais il n'en a pas été de même jusqu'en 1789. Dignité supérieure et indépendante, il s'accordait comme récompense de hauts services à des personnages dont la plupart n'avaient jamais été secrétaires, et était l'objet de l'ambition de ces derniers. Avant Louis XIV, le

titre de ministre d'État était conféré par lettres patentes. Depuis ce prince, il s'acquit par le seul fait de l'admission dans le conseil[1]; il ne se perdait pas quand on cessait d'y assister.

Le troisième conseil était celui *de la guerre*, où siégeaient le roi, le premier ministre, les ministres d'État, les maréchaux et ceux des lieutenants généraux qui y étaient appelés.

Puis venaient :

Le *conseil des dépêches*, dont nous parlerons plus loin.

Le *conseil d'État ou des finances*, qui avait pour membres le roi, les princes et grands du royaume, le chancelier, le surintendant, les directeurs et contrôleurs généraux des finances, les conseillers d'État, intendants des finances, maîtres des requêtes, le trésorier de l'épargne et celui des parties casuelles, etc. Les affaires rapportées à ce conseil devaient être préalablement soumises à deux comités particuliers, appelés *grande* et *petite direction des finances*.

Enfin, le *conseil privé ou des parties*, qui connaissait, sous la présidence du chancelier, des récusations de juges ou de juridictions, de certaines affaires particulières de ville à ville, ou d'individu à individu, qu'il avait évoquées ou qu'il s'était réservées.

Les matières traitées dans les divers conseils[2] ressortissaient, pour la plupart, aux attributions des secrétaires d'État; mais c'était dans le *conseil des dépêches* qu'était leur principal centre d'action. Composé du chancelier, des ministres d'État, qui y étaient appelés, des secrétaires d'État, du surintendant et des intendants des finances, ce conseil délibérait sur les questions intéressant l'administration intérieure du royaume, telles que

[1] « Torcy, dit Saint-Simon (t. II, p. 261), entrait dans tout sous Pompone, qui lui facilitait de porter lui-même les dépêches au Conseil. A force d'y entrer de la sorte pour des moments, le roi, content de sa conduite, lui dit enfin de s'asseoir et de demeurer. Cet instant le constitua ministre d'État. » Les ministres d'État ne prêtaient pas serment.

[2] Voir, à ce sujet, le règlement du 18 janvier 1630. Un règlement du 26 juin 1627, cité par M. Caillet, avait établi des commissions chargées d'étudier les questions avant qu'elles fussent traitées devant le Conseil d'État. Elles se composaient en général de trois conseillers d'État, du secrétaire d'État dans le département duquel se trouvait l'affaire, et d'un rapporteur. Leur nombre était alors fixé à huit : pour le clergé, la religion prétendue réformée, la police, la justice, les finances et gabelles, les provinces, la guerre, la marine.

réponses à donner aux gouverneurs des provinces, intendants et trésoriers de France de chaque généralité, pour la direction des affaires du roi ; signification aux commissaires départis, cours, corps de juridiction des villes et communautés, de l'ordre qui devait être observé dans l'exécution des édits, le recouvrement des deniers, l'administration de la justice, police et finances, les affaires publiques et particulières, etc. Les secrétaires d'État et intendants des finances étaient rapporteurs ; ils tenaient note des décisions prises, et faisaient faire ensuite les expéditions nécessaires pour leurs départements respectifs[1].

Ces départements, pour les secrétaires d'État, étaient, à quelques changements près, les mêmes que ceux réglés par l'ordonnance du 11 mars 1626.

M. de Loménie-Brienne[2], aussi ministre d'État, avait les affaires étrangères, la marine du Ponant, les pensions.

M. de La Vrillière était chargé des affaires de la religion prétendue réformée.

M. de Guénégaud[3], de la maison du roi et du clergé.

La guerre, le taillon, l'artillerie, la marine du Levant formaient le département de Le Tellier, auquel Louis XIII avait donné la charge de secrétaire d'État en 1642, alors qu'il venait de remplir les fonctions d'intendant de l'armée d'Italie.

Les généralités continuaient à être réparties, à peu près par égales portions, entre les quatre secrétaires d'État, pour toutes les affaires de police, d'ordre public, pour celles ayant trait aux fortifications, enfin généralement pour toutes les questions non

[1] On trouve, dans divers manuscrits de la Bibliothèque impériale, des modèles et instructions pour la rédaction des correspondances ministérielles. Ainsi, fonds Saint-Germain 239, p. 180, suscription des dépêches que les secrétaires d'État doivent faire en leurs départements. Page 168, Mémoires de M. de Fresne-Forget, secrétaire d'État, des clauses qu'il faut observer aux lettres qui se scellent en la grande chancellerie. Fonds Saint-Germain 236, instruction générale pour un secrétaire d'État, où sont toutes les commissions et mandements concernant la guerre, ensemble plusieurs expéditions, lettres, et autres pièces nécessaires.

[2] Ce secrétaire d'État, qui a laissé des Mémoires intéressants, n'eut jamais la direction de la politique extérieure ; Mazarin et son confident de Lionne, ministre d'État depuis 1658, se l'étaient réservée. Brienne se bornait à signer les dépêches officielles.

[3] C'est l'*Alcandre* des samedis de Mlle de Scudéri.

classées. Chaque secrétaire correspondait à ce sujet, dans sa circonscription, avec tous les agents du gouvernement, gouverneurs [1], intendants, trésoriers de France, etc. Les lettres adressées aux parlements, celles que ces mêmes parlements envoyaient au roi, devaient passer par ses mains ; et c'était lui qui présentait à l'audience de Sa Majesté les députés des compagnies souveraines et des états des provinces.

Trois mois de l'année, chaque secrétaire devait expédier les lettres pour les dons, gratifications, charges et bénéfices ecclésiastiques accordés par le roi [2]. A cet effet, il se trouvait tous les matins au lever de Sa Majesté pour prendre ses ordres.

Les secrétaires d'État dressaient les traités de paix, d'alliance, de commerce et autres, les signaient au nom du roi et délivraient des expéditions authentiques des minutes déposées dans leurs archives. Ils rédigeaient, au lieu d'un notaire, les contrats de mariage des grands seigneurs, dont les fiançailles avaient lieu dans le cabinet du roi. C'était une conséquence de leur caractère originaire d'officiers publics, qu'ils conservaient encore.

La marine ne formait pas, en 1661, ainsi qu'on vient de le voir, un département distinct. Un instant réunie en 1644, elle avait été depuis partagée entre le secrétaire d'État des affaires étrangères et celui de la guerre. Elle continuait, en outre, à être placée sous le contrôle et la direction d'un chef et surintendant de la navigation, marine et commerce de France. Cette charge, créée en 1627, en faveur du cardinal de Richelieu, sur la démission du maréchal de Montmorency, *amiral de France*, dont l'office fut en même temps supprimé (déclaration d'octobre 1626, enregistrée au parlement le 15 mars 1627), confé-

[1] Les gouverneurs avaient commission de conserver, en l'obéissance du roi, les provinces et places qui leur étaient données en garde, de les maintenir en paix et repos, avoir puissance sur les armées d'icelles, les défendre contre les ennemis et séditieux, tenir les places bien fortifiées et munies de ce qu'il faut, et prêter main-forte à la justice dans l'étendue de son gouvernement. Depuis le ministère de Richelieu, leurs charges étaient devenues presque honorifiques. Toutes les questions de police, justice et finances, dans l'étendue de chaque généralité, étaient du ressort de l'intendant, dont l'autorité, encore naissante en 1661, devait, sous le règne de Louis XIV, prendre un développement considérable.

[2] Les règles à suivre en ces matières avaient été déterminées entre autres par un règlement du 21 juin 1617.

rait à son titulaire des droits très-étendus, tant au point de vue de la juridiction que sur le personnel et le matériel de la marine. C'était lui qui était absolument chargé de veiller au développement et à la sûreté du commerce maritime, pour lequel il avait pouvoir de créer des compagnies ; à la garde des côtes, ports et havres, et généralement de faire et ordonner sur le fait de la marine, vaisseaux et navigation, tout ce qu'il jugerait nécessaire[1]. Le roi ne s'était réservé que la nomination des commandants de flotte en temps de guerre, et cette réserve avait même disparu dans les provisions délivrées le 12 mars 1650 au duc de Vendôme. Celui-ci occupait encore cette charge en 1661. Le duc de Beaufort, son fils, l'ancien *roi des halles*, était reçu en survivance.

Dans la Méditerranée, l'autorité du surintendant était contrebalancée par celle, également presque indépendante, du *général des galères* (duc de Richelieu), qui avait pour attributions les commandement et intendance absolue des galères et des navires envoyés dans la mer du Levant afin de réprimer les pirateries.

La substitution de la charge de surintendant de la navigation à celle d'amiral de France était restée à peu près sans résultats pour les secrétaires d'État.

Il n'en avait pas été de même dans l'administration de la guerre, où la suppression de la charge de connétable, qui datait également du ministère de Richelieu (1627), avait, ainsi que nous l'avons dit, notablement développé leurs attributions. Cependant certains hauts fonctionnaires militaires jouissaient encore de prérogatives considérables et d'une autorité presque indépendante, à laquelle leur naissance et leur position personnelle ajoutaient encore. C'étaient les *colonels généraux*.

Le colonel général de l'infanterie avait pouvoir sur tous les gens de pied. Dans chaque régiment la première compagnie lui appartenait en propre ; les mestres de camp n'étaient en réalité que ses lieutenants-colonels et ne pouvaient disposer d'aucune charge sans lui. C'était sous son nom que toutes les ordonnances de guerre étaient publiées, et que la justice s'exerçait par le

[1] Voir, à ce sujet, *Mémoire autographe de Colbert sur la charge d'amiral de France*, P. Clément, t. III, 2e partie, p. 705.

prévôt des bandes[1]. Cette charge appartenait, en 1661, au duc d'Epernon. Le maréchal de Turenne était colonel général de la cavalerie ; le comte de Soissons, colonel général des Suisses et Grisons. En 1668, il fut créé un colonel général des dragons.

Un grand maître, le duc de La Meilleraye, était placé à la tête de l'artillerie, en dirigeait le personnel, veillait à la fabrication des poudres, à la fonte des pièces, et avait pouvoir sur tous les arsenaux.

Les secrétaires d'État n'avaient, ainsi qu'on peut le voir par cette nomenclature et que nous l'avons déjà dit du reste, aucune attribution financière. Tous les services de cette nature étaient confiés à un surintendant. Le titulaire de cette charge était alors le procureur général Fouquet, qui l'exerçait seul depuis la mort de son collègue Servien.

Le surintendant disposait absolument des finances, sans rendre compte de sa gestion à autre qu'au roi. C'était lui qui dressait l'état annuel des recettes et des dépenses de l'État. Tous les services publics passaient à son contrôle. Aussitôt que les ordonnances de dépenses avaient été expédiées, sur le commandement du roi, par les secrétaires d'État, chacun dans son département, il était seul juge des voies et moyens d'y pourvoir. Sous lui travaillaient des contrôleurs généraux et intendants des finances. Les intendants des provinces se trouvaient aussi, pour une notable partie de leurs attributions, placés sous sa dépendance.

En outre des grands départements que nous venons d'énumérer, certaines branches de l'administration publique étaient dirigées à cette époque par un fonctionnaire à peu près indépendant ; tels étaient le *grand maître* et *surintendant général des postes et relais de France*, et le *surintendant général des bâtiments du roi*, dont dépendaient les arts et manufactures servant à la construction et à l'embellissement de ces bâtiments, l'architecture, la peinture, la sculpture et les tapisseries, et auquel

[1] « On a vu, dit Saint-Simon (t. II, p. 389), quelle importante figure a su faire le fameux duc d'Épernon par cette charge, qui dispose de tous les emplois de l'infanterie, et des états-majors des places et des régiments d'infanterie seule, alternativement avec le roi, même de celui des gardes, qui décide souverainement de tous les détails des corps et des garnisons, et avec qui il faut que la cour compte sur tout ce qui regarde l'infanterie. »

appartenait aussi la haute main sur la bibliothèque et l'imprimerie royales.

Ces charges étaient exercées alors par deux personnages peu connus (les sieurs de Nouveau et Ratabon). Leur possession par des secrétaires d'État ne devait pas tarder à leur donner une plus grande et réelle importance.

Les ponts et chaussées, antérieurement confiés à un grand voyer, étaient sous la direction et la juridiction des autorités provinciales et locales (trésoriers de France, intendants, etc.).

Enfin l'instruction publique n'existait pas encore. L'enseignement secondaire était donné, sous le contrôle des parlements, par les universités, qui s'administraient elles-mêmes, et par les congrégations religieuses. L'enseignement primaire appartenait exclusivement au clergé, tenu de pourvoir seul à ses besoins. Toutefois aucune école, grande ou petite, ne pouvait s'ouvrir sans l'autorisation du gouvernement.

Telle était, en 1661, l'organisation du gouvernement en France. Si l'on compare la place qu'y occupaient les secrétaires d'Etat avec celle que leur avait donnée l'édit de 1547, on reconnaîtra sans peine, avec leur plus ancien historien, Fauvelet du Toc, que leurs charges avaient fait un *merveilleux progrès*.

A l'avénement de Henri II, ils n'étaient que de simples secrétaires dans une dépendance absolue, chargés seulement de formuler et de transmettre les décisions prises. Maintenant, au contraire, ils ont rang et séance dans les conseils; chefs des grandes branches d'administration publique, ils sont devenus les intermédiaires obligés entre les populations et le souverain; pour arriver au premier rang, à celui qu'ils occupent encore aujourd'hui, ils n'ont plus qu'un pas à franchir. Il faut qu'il n'existe plus entre eux et le monarque de premier ministre; il faut qu'un roi songe à prendre lui-même la direction de ses affaires; cette occasion qu'ils attendent, Louis XIV la leur offre le jour où, s'adressant aux officiers de la couronne et aux ministres assemblés après la mort de Mazarin, il leur dit : « Je veux gouverner par moi-même, assister réglément au conseil, entretenir les ministres les uns après les autres, et je suis résolu de n'y pas manquer un seul jour. Je ne veux point de premier ministre, mais je me servirai de ceux

qui ont décharges pour agir sous moi, selon leurs fonctions [1]. »

III

« La monarchie *administrative*, c'est-à-dire la monarchie se régularisant elle-même, et faisant dominer par le pouvoir absolu le bien public, sous le nom d'intérêt de l'État [2], » telle était la forme de gouvernement que se proposait Louis XIV.

Pour l'établir, pour créer ou développer tous les grands services publics dont il a doté son royaume, et qui font son plus beau titre de gloire [3], le roi *novateur*, comme l'appelle Lemontey, devait songer avant tout à organiser l'ensemble des moyens destinés à faire parvenir, le plus sûrement possible, la volonté du pouvoir central dans toutes les parties de la société, et à faire remonter vers le pouvoir central toutes les forces de cette même société.

Or, les secrétaires d'État étaient merveilleusement propres à l'aider dans cette œuvre, où il avait à lutter à chaque pas contre les souvenirs du passé, contre les résistances locales et nobiliaires. Leurs charges n'avaient occupé qu'une place subalterne dans l'ancienne organisation monarchique ; elles s'étaient, pour ainsi dire, élevées sur ses débris, et un demi-siècle à peine les séparait de l'époque, sinon de leur création, du moins de leur développement. Dédaignées de la haute noblesse, de ce qu'on appelait les seigneurs, elles étaient devenues l'apanage de familles parlementaires, c'est-à-dire de ces familles qui avaient toujours prêté aux rois un énergique et intéressé concours, dans leur lutte en faveur de la centralisation.

C'était pour Louis XIV un titre de plus.

« Il ne voulait, dit Saint-Simon (t. XII, p. 40), de grandeur que par émanation de la sienne ; toute autre lui était odieuse... Il sentait bien qu'il pouvait accabler un seigneur sous le poids

[1] Motteville, t. V, p. 80 et 102.

[2] *Histoire de Mme de Maintenon*, par le duc de Noailles (t. I, p. 388).

[3] Parmi les quatre cents médailles que la justice ou la flatterie prodiguèrent à Louis XIV, celle qui aurait couronné son effigie par cette simple légende : LOUIS, L'ADMINISTRATEUR, eût été à la fois la plus glorieuse et la plus véridique, car, surpassé dans tous les autres devoirs de la souveraineté, il est demeuré sans égal dans celui qu'indiquerait cet hommage. (*Monarchie de Louis XIV*, par Lemontey, p. 82.)

de sa disgrâce, mais non pas l'anéantir, ni les siens; au lieu qu'en précipitant un secrétaire d'État de sa place, ou un autre ministre de la même espèce, il le replongeait, lui et tous les siens, dans la profondeur du néant, d'où cette place l'avait tiré, sans que les richesses qui lui pourraient rester pussent le relever de ce non être. »

Cette assertion du critique souvent passionné du grand roi se trouve cette fois confirmée par les Mémoires mêmes que Louis XIV avait écrits pour l'instruction de son fils, et qui nous ont apporté tant de précieuses révélations.

« Il n'était pas de mon intérêt, dit-il, de prendre pour ministres des hommes de qualité éminente. Il fallait, avant toutes choses, faire connaître au public, par le rang même où je les prenais, que mon dessein n'était pas de partager mon autorité avec eux. Il m'importait qu'ils ne connussent par eux-mêmes de plus hautes espérances que celles qu'il me plairait de leur donner, ce qui est difficile aux gens d'une grande naissance. » (*Œuvres*, t. I, p. 32, 38.)

Mais précisément parce que les secrétaires d'État tenaient toute autorité et tout pouvoir de lui seul, qu'ils n'étaient, et surtout qu'il ne les considérait que comme les instruments dociles de sa volonté, il se complaisait à les élever au-dessus de tous, à les combler de faveurs et d'honneurs. « Il comptait, ajoute l'auteur que nous avons déjà cité, leurs charges comme seules de lui, et pour cela les portait au faîte et abattait tout le reste sous leurs pieds. »

Un exposé rapide de la succession des secrétaires d'État sous son règne, des immenses développements que reçut alors le cercle de leurs attributions, confirmera la vérité de cette appréciation.

Louis XIV avait déclaré qu'il ne voulait plus de premier ministre, mais le surintendant des finances, Fouquet, se promettait bien que cette velléité de domination serait éphémère, et que sa haute position, sa capacité, ses intrigues, les créatures qu'il avait achetées partout, lui assureraient promptement dans l'État une influence égale à celle du défunt cardinal. On sait quel triste réveil le voyage de Nantes ménageait aux songes dont il s'était bercé (5 septembre 1661).

Avec lui tomba la charge de surintendant; ses attributions

si considérables, presque indépendantes, cadraient mal avec le nouveau régime du gouvernement personnel; elle fut supprimée pour toujours par le règlement du 15 septembre 1661, lequel, réservant au roi la signature de toutes les ordonnances, créait en même temps près de lui un conseil royal des finances, composé d'un chef, qui fut le maréchal de Villeroy, et de trois conseillers (d'Aligre, de Sève et Colbert). Le chancelier n'assistait pas de droit à ce conseil, mais seulement autant qu'il avait été convoqué; un de ses membres était chargé de l'épargne et de la présentation des ordonnances à la signature du roi : ce membre était Colbert. D'abord revêtu du titre d'intendant des finances, il y substitua, en 1666, celui de contrôleur général, qui continua, jusqu'en 1789, à désigner le fonctionnaire chargé de la haute direction des recettes et des dépenses de l'État.

Cette modification n'affectait pas directement la situation des secrétaires d'État; elle était néanmoins pour eux d'une très-grande importance. Au lieu d'un fonctionnaire d'un ordre supérieur, elle ne mettait plus désormais auprès d'eux qu'un égal.

Louis XIV ne s'arrêta pas dans son œuvre à la réforme financière. Cette époque fut encore signalée par plusieurs actes importants. La résolution qu'il avait prise de gouverner par lui-même avait produit un étonnement général; personne d'abord n'avait cru à sa durée; un règne de cinquante-quatre ans devait prouver à cet égard son inébranlable fermeté. Tout connaître, tout examiner, ne donner à la légère aucune grâce ni aucun ordre, tel était le plan de conduite qu'il s'était tracé, et qu'il s'appliqua à suivre avec une ardeur et une activité merveilleuses : ses Mémoires en témoignent à chaque page[1]. Dans ce but, il

[1] « J'étais résolu, dit-il (*Mémoires*, t. II, p. 385), à ne point prendre de premier ministre, et à ne pas laisser faire par un autre la fonction de roi pendant que je n'en aurais que le titre. Mais au contraire, je voulus partager l'exécution de mes ordres entre plusieurs personnes, afin d'en réunir toute l'autorité en la mienne seule. C'est pour cela que je voulus choisir des hommes de diverses professions et de divers talents, suivant la diversité des matières qui tombent le plus ordinairement dans l'administration d'un Etat, et je distribuai entre eux mon temps et ma confiance, suivant la connaissance que j'avais de leur vertu ou de l'importance des choses que je leur commettais.» Le royal écrivain continue en donnant l'énumération de ses collaborateurs et l'appréciation de leurs mérites.

s'imposa la loi de travailler deux fois par jour avec ses ministres, et de donner six heures aux affaires du royaume. Deux hommes contribuèrent efficacement à servir et à encourager ses débuts dans la carrière de roi : Colbert d'abord, puis aussi Le Tellier. Celui-ci, confident et partisan de Mazarin pendant la Fronde, jouissait dans le gouvernement d'une certaine influence. « Par tempérament et par politique, dit le dernier biographe de son fils [1], Le Tellier ne voulait pas être le premier, mais il ne voulait plus être le second ; il appuya de toutes ses forces le gouvernement personnel de Louis XIV ; il l'éclaira de toutes ses lumières ; il lui communiqua les secrets de sa profonde expérience. »

Ce fut Le Tellier qui, avec Colbert et de Lionne, forma le conseil *intime* ou des affaires, appelé à se prononcer sur toutes les grandes questions de politique extérieure et intérieure ; nul autre n'y fut admis. Ces trois noms suffisaient, à eux seuls, pour indiquer le revirement gouvernemental qui venait de s'opérer. En même temps, un conseil de conscience composé de trois prélats, l'archevêque de Toulouse (Pierre de Marca), l'évêque de Rodez (Hardouin de Péréfixe) et l'évêque de Rennes (Lamothe-Houdancourt, grand aumônier de la reine), dut éclairer le roi sur la distribution des bénéfices. Le confesseur (P. Annat, jésuite) tenait la plume. « On examinait dans ce conseil, dit Choisy, tous les sujets l'un après l'autre ; il était difficile d'y faire passer son ami dans la foule. Le mérite y était discuté sévèrement par trois ou quatre hommes qui ne s'accordaient pas toujours, et, par là, le prince voyait la vérité. »

Sur ces entrefaites, la mort du duc d'Épernon, arrivée le 23 juillet 1661, vint, comme à point nommé, fournir l'occasion d'une réforme importante dans l'administration militaire. La charge de colonel général de l'infanterie qu'il exerçait, et qui, comme nous l'avons vu, attribuait à son titulaire une autorité presque sans contrôle, fut supprimée par édit du même mois enregistré le 2 septembre suivant. Désormais tous les officiers d'infanterie, depuis le colonel jusqu'à l'enseigne, durent être nommés ou agréés par le roi, tous les brevets dressés et signés par le ministre de la guerre.

[1] C. Rousset, *Histoire de Louvois*, t. I, p. 18.

De la même époque date un nouveau département des secrétaires d'État ; il doit être signalé, car il centralisa définitivement, sous une direction unique, la marine du Ponant et du Levant, qui était partagée entre le secrétaire de la guerre et celui des affaires étrangères. Elle échut à ce dernier, mais il ne la garda pas longtemps ; en réalité, cette attribution ne fut jamais pour lui que nominale. La connexité du commerce, qui dépendait en partie du département des finances avec la marine, fit, dès le principe, attribuer à Colbert ce dernier service, entièrement délaissé du reste depuis la mort de Richelieu. Ce ne fut d'abord qu'à titre officieux, pour ainsi dire à la dérobée, et seulement comme tenant la plume sous la dictée même du roi, qu'il inspirait sans doute, mais à l'initiative duquel il avait soin de tout rapporter, que Colbert prit possession de la marine, dont il a mérité, à bon droit, d'être considéré comme le fondateur en France ; nous en trouvons la preuve dans une lettre publiée dans le tome III du recueil de M. P. Clément et adressée à l'intendant de Toulon. Cet intendant, en informant les consuls des communautés des côtes de Provence et de Languedoc que le roi venait de décider de tenir, en tous les temps, deux escadres de vaisseaux dans les deux mers pour assurer le commerce contre les brigandages des corsaires, avait ajouté que c'était une pensée qui était due à Colbert et qui pouvait faire connaître l'utilité de ses soins et de son ministère. Celui-ci lui fit immédiatement parvenir une verte réprimande : « J'ai reçu des compliments de quelques-unes desdites villes et communautés sur ce sujet, écrit-il le 30 novembre 1662, qui n'ont fait qu'augmenter l'inquiétude que j'ay de ces sortes de discours, lesquels pourroient estre de mise dans un autre temps que celuy-cy, mais qui ne sont recevables (le Roy gouvernant son Estat et prenant la direction de ses affaires de luy-mesme) ni conformes à mon humeur, et bien moins à l'estat où je me trouve, Sa Majesté me faisant trop d'honneur de se servir de moy en qualité d'intendant des finances et comme le dernier du conseil royal. »

Trois ans seulement après cette lettre, le 31 décembre 1665, un ordre du roi aux chefs d'escadre, capitaines et intendants, conféra ou plutôt confirma à Colbert la direction officielle de la marine. « Mon cousin, mandait Louis XIV au duc de Beaufort, grand maître de la navigation, ayant ordonné au sieur Colbert

de continuer à prendre soin de toutes les affaires de marine, je vous fais cette lettre pour vous dire que mon intention est que vous luy donniez dorénavant entière créance sur tout ce qu'il vous écrira de ma part sur cette matière. » Nonobstant ses nouveaux pouvoirs, Colbert, n'étant pas secrétaire d'État, ne pouvait contre-signer les lettres et ordres du roi, et il dut par suite continuer à soumettre, au moins pour la forme, une partie de son travail au ministre des affaires étrangères. C'était alors de Lionne qui occupait ce poste ; il avait été officiellement investi, en 1663, par la démission du comte de Brienne, des fonctions qu'il exerçait de fait depuis la mort de Mazarin.

Ainsi, à cette époque d'organisation nouvelle, comme au seizième siècle, c'était bien plus à la personne même qu'au titre, dont elle était revêtue, qu'était attribuée l'action gouvernementale.

La situation anormale que nous venons de signaler se prolongea jusqu'en 1669. Un règlement du 11 mai 1667 en fait foi. Il doit nous arrêter un instant à cause de sa contexture, qui, surtout pour les lecteurs du siècle actuel, ne laisse pas d'être originale. Il est intitulé : « Règlement du Roi qui conserve à M. Colbert, contrôleur général des finances, le détail et le soin qu'il avait desjà pour la marine, les galères, le commerce, etc., et laisse à M. de Lionne les expéditions à faire en conséquence. »

Les considérants commencent par rappeler que Colbert s'occupe depuis longtemps, par les ordres du roi, de tout ce qui concerne cette matière ; mais que l'emploi des finances, dont il est chargé en qualité de contrôleur général, pouvant devenir plus difficile et requérir une plus grande application, il a cru devoir le supplier de remettre la direction de la marine et des commerces étrangers à M. de Lionne, au département duquel ils ressortissent. De son côté, de Lionne ayant représenté qu'il exerçait « une charge très-laborieuse, qui (comme luy désire d'y faire son devoir, formant de sa main toutes les minutes, tant des dépesches de Sa Majesté aux ambassadeurs et ministres qui la servent au dehors que celles qu'Elle écrit aux princes estrangers, sans s'en décharger sur ses commis, outre les affaires qu'il a des provinces du royaume qui sont de son département) requiert indispensablement une application continuelle. » Sa Majesté s'est décidée à maintenir à Colbert le soin d'un service

« qu'il a mis en bon estat... et dans lequel il s'est acquis une grande facilité par une longue expérience. » Par suite il était réglé que, lorsque des ordres et des dépêches du roi [1] seraient nécessaires, ce serait le sieur Colbert qui «ferait les mémoires des ordres à expédier, et, après les avoir lus à Sa Majesté, les remettrait au sieur de Lionne pour en dresser les expéditions ; et qu'après que ledit sieur de Lionne les aurait faites, il les enverrait toutes, à cachet volant, audit sieur Colbert, y joignant des lettres de sa main pour ceux auxquels les ordres s'adresseraient, afin que ledit sieur Colbert prît soin de les leur faire tenir, et il les accompagnerait d'une de ses lettres, par laquelle il marquerait que l'on mît la réponse desdits ordres dans son paquet à cachet volant ; de laquelle réponse ledit sieur Colbert prendrait lecture pour s'instruire de la suite des choses, et, après l'avoir lue, il l'enverrait audit sieur de Lionne pour en rendre compte à Sa Majesté. »

Le même règlement attribuait, en outre, à Colbert le rétablissement des haras dans toutes les provinces du royaume [2], les fortifications des places, tant de terre que de mer, et tout ce qui

[1] Voici la nomenclature donnée par le règlement des affaires qui nécessitaient les ordres et dépêches du roi ; elle n'est pas sans intérêt :

« Ordres et instructions aux grand maistre, chef et surintendant général de la navigation et commerce du royaume, général des galères, lieutenans généraux des armées navales, chefs d'escadres, commandans et capitaines de vaisseaux ou galères, pour toutes sortes d'actions de guerre générales ou particulières ;

« Ouverture et fermeture des ports et havres dans les provinces du royaume ;

« Levée des équipages ;

« Provisions, pouvoirs, commissions et brevets pour l'establissement des officiers de la marine en leurs charges ;

« Passe-ports de toute nature pour la guerre et le commerce ;

« Ordres concernant les pavillons, la jonction ou séparation des forces navales de Sa Majesté avec celles de ses alliés, et pour faire agir ses armées navales ;

« Envoy des ordres de Sa Majesté et des courriers en toutes occasions ;

« Négociation avec les ministres estrangers sur tout ce qui concerne la marine, tant sur le fait de guerre que de marchandise et de commerce ;

« Ordres aux ambassadeurs de Sa Majesté pour faire les instances et les offices convenables sur ces deux points de guerre et de commerce, etc. »

[2] Ce service venait d'être réorganisé et développé par une ordonnance de 1665.

regardait le fait de la fourniture des vivres, tant des armées que des garnisons. Tous les ordres qui seraient à ce nécessaires devaient être expédiés par chacun des secrétaires d'État dans son département, en la forme et manière prescrites pour les affaires de la marine et du commerce.

L'acquisition par Colbert, en 1669 (février), de la charge de secrétaire d'État de la maison du roi, que possédait M. Duplessis-Guénégaud [1], permit de remettre enfin les choses dans un état régulier.

Un règlement du 7 mars suivant démembra du département de Lionne, pour joindre à celui de Colbert, la marine dans toutes les provinces, les galères, les compagnies des Indes orientales et occidentales, et les pays de leurs concessions; le commerce, tant dedans que dehors le royaume, et tout ce qui en dépendait; les consulats français dans les pays étrangers.

Comme dédommagement, la Navarre, le Béarn, le Bigorre et le Berri, provinces du département de l'ancienne charge de Guénégaud, passèrent dans celui de Lionne, qui reçut, en outre, pour son fils, le marquis de Berny, pourvu à sa survivance, une somme de 100,000 livres des deniers du trésor royal et une augmentation de traitement de 4,000 livres.

Le règlement du 7 mars conservait à Colbert les manufactures et les haras; il ne disait rien des fortifications. Il est à présumer que, déjà alors, la direction de ce service avait été rendue, au moins pour les places frontières, au secrétaire d'État de la guerre [2]. Celui-ci obtint aussi, vers le même temps, une modification importante aux droits du contrôleur général. Jusqu'alors tous les marchés relatifs au logement des troupes, aux étapes, aux vivres et aux hôpitaux, avaient été passés par l'administration des finances; de là des difficultés et des tiraillements continuels. Les plaintes réitérées de Louvois eurent pour résultat de faire disparaître cette organisation vicieuse, de laisser au contrôleur général le contrôle, mais d'attribuer au secrétaire

[1] Elle avait coûté 700,000 livres d'après l'inventaire dressé après le décès de Colbert. (Ms. Biblioth. impér., fonds Mortemart, 34.)

[2] Cependant il résulte d'une lettre de Louis XIV à Colbert, du 30 juin 1673, qu'à cette époque seulement, et sur la demande de ce dernier, les places d'Alsace auraient été attribuées à Louvois.

de la guerre seul l'ordonnancement de toutes les dépenses militaires [1].

Colbert venait à peine d'être placé officiellement à la tête de la marine, quand le duc de Beaufort fut tué au siége de Candie (25 juin 1669). Cette mort rendait vacante la charge de grand maître, chef et surintendant général de la navigation et commerce de France, dont nous avons indiqué plus haut l'autorité presque indépendante. Le surintendant jouissait réellement des mêmes pouvoirs que l'ancien amiral. Colbert s'empressa de proposer au roi la suppression de la grande maîtrise, ou tout au moins la restriction des prérogatives qui y étaient attachées. Des mémoires de sa main, que la Bibliothèque impériale possède encore (S. F 3012), attestent son opinion et ses efforts à ce sujet, et l'on voit par une lettre au procureur général du parlement de Paris, en date du 20 janvier 1670, que la question fut longuement débattue dans le conseil. Il ne réussit qu'en partie. La suppression pure et simple eût été plus logique ; mais sans nul doute, parmi les obstacles qu'elle rencontra, figurèrent en première ligne ces idées d'élévation d'intérêt pour ses enfants illégitimes, qui commençaient à se joindre dans l'esprit de Louis XIV aux théories gouvernementales et devaient chaque jour y prendre plus d'empire.

Un édit du 12 novembre 1669 prononça la suppression de la grande maîtrise du commerce et de la navigation, et rétablit l'office d'amiral de France, lequel fut donné au comte de Vermandois, encore en bas âge [2]. Les motifs mis en avant par le préambule de l'édit semblaient à première vue peu d'accord avec les idées de réforme soutenues par le secrétaire d'État. La charge de grand maître était supprimée, parce que « le titre et les fonctions attribués à ladite charge n'étaient point assez relevés pour pouvoir, avec l'autorité et dignité nécessaires, commander d'aussi considérables forces que celles qui peuvent à présent être mises en mer. » Mais en même temps, le préam-

[1] C. Rousset, t. I, p. 118.

[2] C'était le fils de la duchesse de La Vallière. En même temps que ses provisions, furent expédiées des lettres patentes pour valider l'estampe du nom du nouvel amiral, pour la signature des expéditions de l'amirauté, jusqu'à ce qu'il fût en âge de les signer lui-même. (Lettre de Louis XIV au Parlement de Paris, 19 mars 1670.)

bule ajoutait que des mesures avaient été prises « pour prévenir les inconvénients qui, déjà en l'année 1626, avaient obligé de supprimer les deux charges de connétable et d'amiral. » Et ces mesures, Colbert avait eu soin de les rendre efficaces. Le roi se réservait le choix et la provision de tous les officiers de marine de tous grades, tant de guerre que de finances et administration (vice-amiraux[1], lieutenants généraux, chefs d'escadre, capitaines, lieutenants, enseignes et pilotes des vaisseaux, frégates et brûlots, capitaines et officiers des ports et gardes-côtes, intendants, commissaires, contrôleurs, gardes-magasins), ensemble tout ce qui concernait les constructions et radoubs des vaisseaux, l'achat de toutes sortes de marchandises et munitions, pour les magasins et armements de mer, et l'arrêté des états de toutes les dépenses faites par les trésoriers de la marine.

L'amiral conservait, avec le commandement de la principale des armées navales, suivant les ordres du roi, et la communication de droit, quand il serait près de Sa Majesté, des instructions envoyées aux flottes et troupes de mer, la nomination à tous les siéges de l'amirauté, où la justice se rendait en son nom, la délivrance des congés et passe-ports, ainsi que des lettres de marque, l'établissement des interprètes et maîtres de quai dans les ports, les droits de dixième des prises, d'ancrage, etc., et une part considérable des amendes. Sa juridiction ne s'étendait pas sur la Bretagne ; l'amirauté particulière de cette province était replacée, comme elle l'avait été, avant 1627, dans les attributions du gouverneur.

En réalité, l'office d'amiral de France avait subi un démembrement des plus considérables; ses prérogatives honorifiques et pécuniaires étaient seules restées à peu près en leur entier[2]; désormais la marine se trouvait placée sous la direction du secrétaire d'État, maître des dépenses et des avancements.

[1] Il fut créé en 1669 deux charges de vice-amiral : le vice-amiral du Ponant, qui commandait dans tous les ports et dans l'étendue de l'Océan sous l'autorité et en l'absence de l'amiral, et le vice-amiral du Levant, qui avait les mêmes attributions dans la Méditerranée. Ces vice-amiraux, ainsi que les lieutenants généraux commandant les escadres, correspondaient directement avec le roi. — Voir Lettre de Colbert, du 25 novembre 1669, au marquis de Martel.

[2] L'amiral ne touchait pas d'appointements sur le budget de l'État.

Vers le même temps, le duc de Vivonne ne reçut la charge de capitaine général des galères (mars 1669), sur la démission du maréchal de Créquy, qui avait succédé au duc de Richelieu en 1661, que privée de la disposition des fonds et de la nomination des officiers, lesquels durent seulement prendre son attache.

Il importait de justifier ces grandes mesures de centralisation par des améliorations, par des succès. Ils ne firent pas défaut. C'est de cette époque que date réellement l'essor de la marine française. Sous Richelieu, elle avait eu un moment d'éclat. La flotte avait compté vingt galères et quatre-vingts vaisseaux; mais Mazarin avait complétement négligé ce service, qui, au moment où Colbert le prit en mains, n'était doté que d'une somme insignifiante de 300,000 livres par an.

Substitution, pour le recrutement des matelots, du régime des classes à celui de la presse (ordonnances de 1665, 1668 et 1671) et création de la caisse encore subsistante des invalides de la marine (1675); fondation ou agrandissement de ports, d'arsenaux et de chantiers (Brest, Dunkerque, le Havre, Rochefort et Toulon); création des écoles d'artillerie, d'hydrographie; organisation du corps d'infanterie de marine (ordonnance de novembre 1669) que l'hostilité du secrétaire d'État de la guerre ne permit pas de parachever [1]; institution, à Paris, de conseils d'amirauté et des constructions navales, et, dans les ports, d'intendants, commissaires et contrôleurs chargés de tous les détails de l'administration; enfin, nombre des bâtiments de guerre porté de vingt-six à peine, en 1661, à trois cents, en 1683, montés par plus de 50,000 matelots [2]; tels sont les principaux

[1] Louvois s'était opposé à ce que Colbert délivrât des commissions pour la levée des régiments, sous prétexte que ce droit lui appartenait exclusivement. — Voir recueil de M. P. Clément (t. III, introduction, p. 24), le récit de cette lutte entre le secrétaire de la marine et celui de la guerre, qui finit par l'emporter.

[2] A la mort de Mazarin, le nombre des vaisseaux de guerre était réduit à vingt, dont deux ou trois tout au plus tenaient la mer; six galères seulement étaient en état de naviguer. Au 1er janvier 1677, les vaisseaux et bâtiments de tous rangs s'élevaient à deux cent soixante-dix; les galères à trente, et cette flotte de trois cents navires avait à sa disposition, par l'organisation des classes, cinquante-deux mille marins. Ce fut, il est vrai, le plus haut point de la puissance maritime de la France pendant l'admi-

actes d'un ministère que couronne la célèbre ordonnance de 1681 que toutes les autres nations nous ont empruntée, et dont un de ses plus habiles commentateurs a pu dire justement que, par la beauté et la sagesse de sa distribution, par l'exactitude de ses décisions, ce corps de doctrines suivi, précis, lumineux, faisait l'admiration universelle.

L'ordonnance de 1681 est spécialement relative à la marine marchande ; le développement de cette marine fut une des grandes préoccupations de Colbert ; elle reçut de lui un double et puissant encouragement par l'établissement du droit de tonnage et des primes. En même temps, des compagnies étaient créées, sous le patronage du gouvernement, pour le commerce des Indes et de l'Afrique ; leurs résultats malheureusement ne répondirent pas aux espérances conçues. A l'intérieur, l'industrie se développait aussi ; des manufactures s'élevaient de toutes parts et affranchissaient le royaume des tributs qu'il payait précédemment à l'étranger ; des routes nouvelles ouvertes, et les anciennes entretenues, rendaient les transports plus faciles. Un *conseil de commerce* centralisait et dirigeait ce mouvement (édit de septembre 1664). Tout était en progrès sous la main ferme et habile de Colbert.

L'immense cercle de ses attributions ne suffisait pas à « cet homme né, suivant Gourville, pour le travail au-dessus de tout ce qu'on peut imaginer. » Par lui-même ou par les siens, il prenait aussi part à la grande réforme judiciaire dont l'ordonnance civile est le plus beau monument (1667-1669). « De 1661 à 1672, ainsi que le fait justement remarquer un de ses historiens, la puissance et le crédit de Colbert furent sans bornes. Codes, règlements, ordonnances, tout porte son empreinte et dérive de lui. Gouvernements, ambassades, évêchés, intendances, les plus hautes positions enfin, ne sont donnés qu'avec son agrément ou à sa recommandation. » Cette initiative, cette action, s'étendaient jusqu'au domaine de la magistrature. « Depuis dix ans, M. Colbert fait la principale partie de la charge de chancelier, écrivait, en 1672, un contemporain [1], distribuant

nistration de Colbert ; mais elle ne déclina pas de cette époque à sa mort. Le chiffre moyen de la dépense annuelle fut de 10 millions. (P. Clément, t. III, introd., p. 3.)

[1] Olivier d'Ormesson, *Journal*, 2e partie, f° 188. Une lettre de Colbert au

tous les emplois aux maîtres des requêtes, proposant seul au roi les personnes propres pour remplir les charges qui viennent à vaquer, étant le maître de l'agrément de toutes les charges de la robe, dont on ne peut être pourvu d'une seule que par son ministère, à cause de la consignation du prix. »

Aussi, à la mort du chancelier Séguier, arrivée au commencement de 1672, l'intérêt personnel se trouva-t-il d'accord, chez Colbert, avec les idées gouvernementales, pour proposer au roi la réforme, la suppression peut-être de cette charge inamovible qui seule, au milieu des chutes ou de l'amoindrissement des autres offices de la couronne, avait conservé toutes ses prérogatives. Par un règlement du 1er février 1672, rendu sur son rapport, Louis XIV décida qu'il tiendrait lui-même les sceaux. « Ce règlement fait raisonner, dit l'auteur contemporain que nous avons déjà cité ; on ne l'approuve pas, ne pouvant pas durer longtemps, ni les affaires s'expédier. L'on dit que la raison de ce règlement est pour avoir le temps de réformer tous les abus que l'on prétend être dans la chancellerie, et diminuer l'autorité et les fonctions de cette charge de chancelier. Car, comme on a pris pour maxime du supprimer les grandes charges, celles de connétable et d'amiral, l'on veut aussi, sinon supprimer, du moins anéantir celle de chancelier, et donner toute l'autorité aux ministres, et, sur cela, l'on m'a dit que M. le prince avait observé que l'on n'avait supprimé ces deux grandes charges que pour faire M. Colbert amiral, et M. de Louvois connétable. »

Le règlement de 1672 fut éphémère et la réforme projetée avorta. En 1674, Étienne d'Aligre fut nommé chancelier. Il ne garda les sceaux que trois ans et eut pour successeur le ministre d'État Le Tellier (27 octobre 1677).

Celui-ci avait depuis longtemps déjà, à cette époque, résigné, avec l'agrément du roi, le département de la guerre à son fils, le marquis de Louvois, reçu en survivance dès 1655, et dont nous devons maintenant nous occuper.

chancelier Séguier, du 25 août 1666, citée par M. Cheruel (*Saint-Simon considéré comme historien de Louis XIV*, p. 449), prouve que c'était lui qui combinait avec le roi la convocation des Chambres des *Grands jours*, et que le rôle du chancelier se bornait à sceller les expéditions présentées.

IV

Louvois, plus encore que Colbert, peut être considéré comme le véritable fondateur de l'omnipotence des secrétaires d'État. Toute son autorité, en effet, toute l'action qu'il exerça sur la marche du gouvernement, il les dut à sa charge, et cette charge, à son tour, profita seule de ses empiétements heureux, tandis que chez Colbert, le contrôleur général des finances prima, effaça souvent le secrétaire d'État.

Reçu en survivance à quinze ans, Louvois fut d'abord formé à l'école de son père, l'habile Le Tellier. Le Tellier, qui connaissait et les talents de son fils et l'opinion que Louis XIV avait des siens, le proposa à ce prince comme un jeune homme d'un bon esprit, quoique un peu lent, mais propre au travail, et capable de s'instruire, si Sa Majesté prenait la peine de le diriger. Le roi, flatté d'être créateur, donna des leçons à son élève, qui les recevait en novice. Ses progrès furent graduels, mais rapides. Louis XIV s'étant une fois persuadé que c'était lui qui faisait tout, le ministre fit bientôt faire tout ce qu'il voulait lui-même [1].

C'est de 1662 que date l'existence politique de Louvois. Le 24 février de cette année, il fut autorisé par le roi à signer comme secrétaire d'État ; adjoint dès lors à son père, il le remplaça bientôt entièrement dans l'exercice de fonctions qu'il ne devait quitter qu'avec la vie. Le Tellier, en effet, après lui avoir, chaque jour, fait la part la plus large, se retira définitivement de l'administration militaire, en 1668, au traité d'Aix-la-Chapelle ; il restait ministre d'État, et, comme tel, il continua à prêter dans le conseil un utile concours aux vues politiques de son fils, Celui-ci ne se trouvait pas cependant affranchi de tout contrôle. Pendant les dix premières années du gouvernement personnel de Louis XIV, Turenne exerça sur toutes les matières de la guerre une influence prépondérante ; c'était lui qui traçait avec le roi les plans des campagnes, en organisait les préparatifs, en dirigeait l'exécution, et, lorsque les troupes reprenaient leurs quartiers d'hiver, c'était à lui encore que Louvois devait rendre compte des mesures prises. Sous cet habile et sévère instituteur,

[1] Duclos, *Mémoires*, t. I, p. 165.

le jeune secrétaire d'État de la guerre fit de rapides progrès dans cette science d'administration, qu'il devait porter à un si haut point de perfection.

L'armée, telle qu'elle était constituée en 1662, comportait une réforme ; elle se trouvait presque entièrement placée en dehors de l'action du pouvoir central. La suppression de la charge de colonel général, que possédait le duc d'Épernon, venait, il est vrai, de rendre au roi la nomination des officiers de tous grades dans l'infanterie ; mais il n'en était pas de même pour l'artillerie et la cavalerie ; et, d'ailleurs, les régiments, les compagnies continuaient à former la propriété exclusive des colonels et des capitaines ; il y avait un très-petit nombre de corps permanents, partant peu d'ordre, peu de discipline, pas d'unité. Quant aux armes spéciales, aux services des approvisionnements, des vivres et des hôpitaux, tout était encore, pour ainsi dire, à créer. M. Rousset a excellemment raconté l'œuvre entreprise et menée à bonne fin par Louvois, — comment il sut tout organsier, introduire partout l'obéissance, l'exactitude, et la probité, — comment, par une habile et persévérante usurpation, il parvint à déposséder les grandes charges de leurs droits essentiels, et à concentrer le pouvoir militaire dans les mains du roi. Nous ne pouvons et devons présenter ici qu'un très-bref résumé des résultats obtenus.

L'enrôlement, l'équipement, la solde se trouvèrent soumis à des règles précises et invariables ; une discipline sévère fut établie partout et confirmée par l'introduction de l'uniforme ; la plupart des corps furent reformés et solidement constitués ; du ministère de Louvois datent l'organisation de la maison militaire du roi et des dragons, l'institution des hussards et des grenadiers ; l'artillerie, en grande partie soustraite à l'autorité du grand maître, reçut de nombreux perfectionnements, et compta seize cents canons dans ses arsenaux ; des régiments de fusiliers et de bombardiers assurèrent son service, qui, jusqu'alors, avait nécessité en campagne le concours des soldats de l'armée ; des compagnies spéciales de mineurs furent placées sous les ordres des ingénieurs militaires, définitivement constitués en corps ; l'initiative de ces dernières mesures était due à Vauban qui, comme commissaire général des fortifications, travaillait de concert avec le secrétaire d'État de la guerre à entourer le royaume

d'une double ceinture de places fortes. En même temps, des casernes, des magasins s'élevaient sur les divers points du territoire ; des hôpitaux étaient établis, et l'hôtel royal des Invalides [1] offrait une retraite aux serviteurs mutilés de l'État. L'édit de fondation de cet hôtel, du 24 février 1670, en nomma Louvois directeur et administrateur général, et substitua son titre aux secrétaires d'État, ses successeurs.

Tous les détails de l'administration militaire étaient soumis à l'incessant contrôle des commissaires des guerres. Des inspecteurs surveillaient la tenue et la discipline des troupes. La création des inspecteurs date de 1668 ; elle eut, au point de vue de la centralisation, une très-grande portée ; ce fut désormais sur leurs rapports que se décidèrent toutes les questions de service, que se réglèrent les promotions et les récompenses ; dans le principe, les rapports étaient faits directement au roi, mais insensiblement ils passèrent par l'intermédiaire de Louvois, qui se chargea d'en rendre un compte résumé et d'ensemble. Les colonels généraux et les mestres de camp généraux de la cavalerie et des dragons perdirent ainsi le peu d'autorité qu'ils conservaient encore, et le ministre et ses bureaux devinrent maîtres despotiques et immédiats de l'armée. Aussi les successeurs de Louvois mirent-ils tous leurs soins à maintenir en son entier cette importante prérogative. En même temps, l'institution de brigadiers de cavalerie et d'infanterie (juin 1667, mars 1668), conçue dans le même esprit, enlevait aux colonels la libre direction de leurs régiments et le commandement des détachements en temps de guerre.

Tandis que, par une surveillance rigoureuse, la propriété militaire, de lucrative qu'elle avait pu être précédemment, deve-

[1] Avant la création des Invalides, les soldats blessés et retraités devaient être recueillis dans certains couvents dotés de pensions destinées à cet usage, mais les dotations étaient insuffisantes et souvent détournées de leur emploi. L'établissement nouveau prit un rapide développement. On lit à ce sujet dans Dangeau, à la date de janvier 1700 (t. VII, p. 232) : « Il y a présentement sept mille hommes reçus dans les Invalides. Il y en a trois mille actuellement dans la maison ; il y en a quinze cents qui ont congé, et les autres sont dans les garnisons, où ils sont entretenus. Le roi a réglé que tous les cavaliers, dragons ou soldats qui auraient servi trente ans y seraient reçus, et, depuis la dernière réforme, on y en a déjà reçu six cents. »

nait coûteuse pour tous les officiers, ruineuse pour quelques-uns, les règles de l'avancement étaient profondément modifiées; la noblesse se voyait enlever en grande partie les droits exclusifs que lui avait jusqu'alors attribués la naissance, et apprenait une dépendance encore inconnue. Il fut établi que, quel qu'on pût être, tout ce qui servait demeurait, quant au service et au grade, dans une égalité parfaite. D'après le principe, que tout service militaire était honorable et qu'il était raisonnable d'apprendre à obéir avant que de commander, tous, à la seule exception des princes du sang, furent assujettis à s'enrôler d'abord comme cadets dans les gardes du corps ou dans les mousquetaires; on obtenait ensuite, soit une compagnie de cavalerie, soit une lieutenance dans le régiment du roi, et ce n'était qu'après ce double noviciat que s'accordait l'agrément d'acheter un régiment[1]. Au-dessus du grade de colonel, les promotions ne se firent plus à la faveur, mais à l'ancienneté; c'est ce qu'on appela l'*ordre du tableau*, qui était scrupuleusement observé, sauf les cas rares d'actions d'éclat ou de services signalés, et dont le principe fut étendu même aux commandements subalternes en temps de guerre. Saint-Simon, dans ses Mémoires, n'a pas d'expressions assez fortes pour flétrir ce *funeste* ordre du tableau, qu'il accuse d'avoir tari le germe de toute instruction et de toute émulation chez l'officier, et auquel il n'hésite pas à attribuer, pour une bonne part, la décadence de l'armée française au commencement du dix-huitième siècle. En tenant compte des exagérations de langage, on doit reconnaître que sa critique ne portait pas entièrement à faux et que, sur ce point, comme sur beaucoup d'autres, la tendance de Louis XIV à « rendre tout peuple » lui fit singulièrement dépasser le but.

Turenne venait de mourir, quand fut rendue l'ordonnance du 1er août 1675, origine de l'ordre du tableau; assurément il y eût fait obstacle, peut-être sans succès. Dans les dernières années de sa vie, ce grand homme, en effet, malgré ses victoires, malgré le droit qu'il avait obtenu de correspondre directement avec le roi, n'était plus écouté comme en 1662, et avait vu sensiblement diminuer son crédit. D'élève passé maître, Louvois n'avait pas tardé à tenter de secouer un joug qui pesait à son

[1] Voir Saint-Simon, t. XII, p. 437 et 439.

indomptable fierté, et il y était en partie parvenu, en opposant à l'influence de Turenne celle du prince de Condé, dont le caractère était loin d'égaler le génie, et qui, rentré en faveur par son entremise, n'osa que rarement répudier vis-à-vis de lui le rôle de client[1].

La retraite de ce prince suivit de quelques mois la mort de son rival de gloire. Délivré de deux redoutables contradicteurs, le secrétaire d'État de la guerre ne craignit pas de porter plus haut encore ses visées, et résolut de « tenir en brassière » jusqu'aux généraux d'armée eux-mêmes. Mettant habilement en jeu l'orgueil de Louis XIV, il sut lui persuader qu'il était de sa dignité, de sa capacité, non-seulement de tracer les plans des campagnes, mais encore d'en conduire le cours de son cabinet. Dès lors marches, campements, mouvements de chaque jour, tout dépendit de la décision du roi, ou plutôt du ministre, qui rendait seul compte des courriers des généraux, et transmettait seul les réponses et les ordres. L'histoire des dernières années du grand règne est là pour témoigner des dommageables conséquences d'une centralisation ainsi poussée au delà de ses plus extrêmes limites.

La puissance, les empiétements de Louvois ne profitaient pas tous uniquement à sa charge ; ses trois autres collègues en tirèrent aussi maintes fois un avantage direct. Il en fut ainsi notamment des restrictions apportées à l'autorité des gouverneurs, qui se virent privés du droit de lever des troupes, et dont les attributions se trouvèrent presque entièrement absorbées par celles des lieutenants du roi et des intendants; il en fut également ainsi du *Monseigneur*, grande conquête, à cette époque d'étiquette, sur laquelle Saint-Simon a donné de longs et curieux détails[2], dont nous emprunterons quelques-uns.

Jusqu'alors les secrétaires d'État avaient écrit *Monseigneur* à tous les ducs ; Louvois représenta au roi que ce style ne pou-

[1] Voir notamment, dans l'*Histoire de Louvois*, par M. Rousset, le récit de la coalition formée contre Louvois, à la suite de la campagne de 1673, par Colbert, Pomponne, Turenne et Condé, et que Le Tellier fit échouer en détachant ce dernier d'une ligue qui, sans sa défection, était presque assurée du succès.

[2] Voir *Mémoires*, t. II, p. 257, 258; t. V, p. 317, 318; t. XII, p. 401, 403.

vait convenir à des fonctionnaires qui parlaient en son nom et transmettaient ses ordres ; il s'adressait sans contradicteur à un prince jaloux de son autorité ; il n'eut pas de peine à le convaincre. Il écrivit donc *Monsieur* à un duc, puis à un autre, puis à un troisième ; les ducs n'avaient jamais eu coutume de se soutenir ; ils craignaient le tout-puissant ministre ; ils souffrirent cette innovation. Les mêmes raisons firent le succès de Colbert, qui s'empressa d'imiter son collègue, et à leur suite, les deux autres secrétaires d'État ne tardèrent pas non plus à agir de même. L'ancienne prérogative fut perdue ; seul Turenne dut à l'éclat de sa position personnelle de sauver, comme dit Saint-Simon, le rang de prince de l'écriture, et de conserver le *Monseigneur*, dont lui et son frère étaient en possession depuis leur rang de princes étrangers obtenu par l'échange de Sedan.

La facilité avec laquelle avait réussi cette première entreprise décida Louvois à en tenter bientôt une autre. Il prétendit se faire attribuer ce titre de *Monseigneur* dont il venait de dépouiller les ducs. Les subalternes subirent sans peine le joug nouveau ; mais quand il voulut l'imposer aux gens de qualité, les protestations surgirent de toutes parts. Il l'avait prévu, et avait su persuader au roi que refuser aux secrétaires d'État cette qualification, c'était mépriser son autorité, dont ils n'étaient que les organes. « Séduit par ce reflet prétendu de grandeur sur lui-même, » Louis XIV s'expliqua si durement, qu'il ne fut plus question que de ployer sous le nouveau style ou de quitter le service. Aussi les résistances furent-elles de courte durée, et il demeura acquis qu'à l'exception des ducs, des officiers de la couronne, des pairs ecclésiastiques et des seigneurs ayant rang de prince étranger ou le tabouret de grâce, tous étaient tenus d'écrire *Monseigneur* aux quatre secrétaires d'État, car les trois autres firent encore leur profit de cette seconde conquête, comme ils l'avaient fait de la première [1].

[1] Les secrétaires d'État n'osèrent pas étendre leurs nouvelles prétentions jusqu'*à la robe*, et le dernier maître des requêtes ou conseiller au Parlement continua à leur écrire *Monsieur*, sans qu'ils parussent jamais s'en formaliser.

V

Tout ployait donc sous l'autorité des ministres ; seuls intermédiaires des volontés du souverain, ils étaient devenus les vrais maîtres du gouvernement de la France ; ils n'avaient plus d'autres rivalités à craindre que les leurs propres. On sait qu'elles ne firent pas défaut. L'histoire est pleine du récit des luttes de Colbert et de Louvois, de cet antagonisme des arts de la paix et de la guerre qu'ils personnifiaient. En maintes circonstances, Louis XIV dut intervenir pour en prévenir les suites, pour rétablir dans son ministère un accord que l'influence croissante du secrétaire d'État de la guerre fit, plus d'une fois, depuis 1672, conclure au détriment de Colbert.

Celui-ci, en effet, perdit à cette époque son plus fidèle auxiliaire dans le conseil, de Lionne, « ce grand ministre des affaires étrangères, » qui conduisit avec tant d'habileté et de succès la belle campagne diplomatique qui remplit presque en son entier la période de 1661 à 1671, mais dont la réputation, comme on l'a fait justement observer[1], est moindre dans l'histoire qu'elle ne le fut auprès de ses contemporains, parce que, tour à tour au service de Mazarin et de Louis XIV, il leur a donné ses pensées, a accru leur grandeur par ses travaux, et se trouve effacé par eux devant la postérité. Il mourut le 1er septembre 1671 ; avec lui disparut la politique de Richelieu et de Mazarin, dont il avait été le digne continuateur, pour faire place à cette politique de principes, inspirée par Louvois, qui devait aboutir à armer l'Europe contre la France.

Le marquis de Berny, fils de Lionne, était depuis longtemps reçu en survivance de son père ; il ne fut pas jugé capable de le remplacer. Comme compensation le roi lui accorda, avec le remboursement de son brevet de retenue, la charge de maître de la garde-robe « premier exemple, remarque l'aristocratique

[1] M. Mignet, *Négociations relatives à la succession d'Espagne*, introduction, p. 56. Louis XIV, dans ses *Mémoires* (t. I, p. 32, 33), s'exprime ainsi sur de Lionne : « Pas un de mes sujets n'avait été plus souvent employé aux négociations étrangères ni avec plus de succès. Il connaissait les diverses cours de l'Europe, parlait et écrivait facilement plusieurs langues, avait des belles-lettres, l'esprit aisé, souple et adroit, propre à cette sorte de traités avec les étrangers. »

Saint-Simon en le déplorant (t. VI, p. 421), du moyen trouvé par les ministres, sous ce règne, de faire à leur famille des charges de la maison du roi une planche après le naufrage. »

Par qui serait rempli le ministère vacant ? Telle était la grande préoccupation de Colbert et de Louvois, et chacun d'eux travaillait activement à le faire échoir à un de ses partisans ; mais Louis XIV voulut choisir seul, et, à l'étonnement général, il appela à ce poste Arnauld de Pomponne, pour lors ambassadeur en Suède, où il venait de conclure cette ligue du Nord si utile à la France. Une lettre autographe du souverain alla lui annoncer à Stockholm sa nomination ; nous la citons en note à cause des détails intéressants à divers titres qu'elle nous a semblé contenir [1].

[1] Lettre de Louis XIV à M. de Pomponne :

« Versailles, 16 septembre 1671.

« En recevant cette lettre vous aurez des sentiments bien différents. La surprise, la joie et l'embarras vous frapperont tout ensemble, car vous ne vous attendez pas que je vous fasse secrétaire d'Etat, étant dans le fond du Nord. Une distinction aussi grande et un choix fait sur toute la France doivent toucher un cœur comme le vôtre, et l'argent que je vous ordonne de donner peut embarrasser un moment un homme qui a moins de richesses que d'autres qualités. Après avoir fait ce préambule, je vais expliquer en peu de mots ce que je fais pour vous. Lionne étant mort, je veux que vous remplissiez sa place ; mais comme il faut donner quelque récompense à son fils, qui a la survivance, et que le prix que j'ai réglé monte à 800,000 francs, dont j'en donne 300,000 par le moyen d'une charge qui vaque (la charge de premier écuyer de la grande écurie), il faut que vous trouviez le reste. Mais, pour y apporter de la facilité, je vous donne un brevet de retenue des 500,000 francs que vous devez fournir, en attendant que je trouve dans quelques années le moyen de vous donner de quoi vous tirer de l'embarras où mettent beaucoup de dettes. Voilà ce que je fais pour vous, et ce que je veux de vous.

« Travaillez cependant à mettre mes affaires en Suède en état de vous rendre bientôt auprès de moi. Je vous enverrai un successeur qui se servira de vos gens pour le temps qu'il devra demeurer où vous êtes, et vous partirez pour vous rendre auprès de moi pour consommer pleinement la grâce que je vous fais, qui ne paraît pas petite à beaucoup de gens. Elle vous marque assez l'estime que je fais de votre personne sans qu'il soit nécessaire que j'en dise davantage. Vous donnerez créance à ce que vous dira ce porteur, et me le renverrez aussitôt avec les éclaircissements que je vous demande sur les affaires dont vous êtes chargé.

« LOUIS. »

(*Mémoires de M. de Coulanges, etc.*, publiés par M. de Monmerqué, 1820, p. 434.)

Le nouveau secrétaire d'État, fils d'Arnauld d'Andilly, neveu du fameux Arnauld, avait été un des amis de Fouquet, et s'était même trouvé impliqué dans sa disgrâce. C'est à lui, on le sait, que Mme de Sévigné adressait le saisissant récit du procès du surintendant. Ses antécédents n'étaient pas de nature à le rapprocher de Colbert et de Louvois ; le contraste des caractères formait entre eux un motif de plus d'éloignement. « C'était, dit Saint-Simon (t. II, p. 323 et suiv,), un homme qui excellait sur tout par un sens droit, juste, exquis, qui pesait tout et faisait tout avec maturité, mais sans lenteur ; d'une modestie, d'une modération, d'une simplicité de mœurs admirables, et de la plus solide et la plus éclairée piété... Un art, une dextérité, un talent singulier à prendre ses avantages en traitant ; une finesse, une souplesse sans ruse, qui savait parvenir à ses fins sans irriter ; une douceur et une patience qui charmaient dans les affaires ; et avec cela une fermeté, et, quand il le fallait, une hauteur à soutenir l'intérêt de l'État et la grandeur de la couronne, que rien ne pouvait entamer. Avec ces qualités, il se fit aimer de tous les ministres étrangers... il en était également estimé, et il en avait su gagner la confiance. Poli, obligeant, et jamais ministre qu'en traitant, il se fit adorer à la cour, où il mena une vie égale, unie et toujours éloignée du luxe et de l'épargne, et ne connaissant de délassement de son travail qu'avec sa famille, ses amis et ses livres. »

Ce portrait de Pomponne a conservé l'empreinte des sentiments d'amitié qui animaient celui qui l'a tracé ; c'est un vrai panégyrique. Sans nul doute son ministère fut fécond en heureux résultats ; il suffit de rappeler la paix de Nimègue, qui donna raison à la France contre toute l'Europe, et à laquelle le talent de ses diplomates eut presque autant de part que les victoires de ses généraux. Mais on doit regretter que Pomponne n'ait pas su faire assez le sacrifice d'anciennes rancunes, et comprendre que l'intérêt bien entendu du pays voulait qu'il se réunît à Colbert pour lutter de concert contre l'influence de plus en plus dominante de leur collègue de la guerre.

Nommé ministre d'État en février 1672, Louvois n'avait pas tardé à prendre la première place dans le conseil et dans le gouvernement. C'était lui qui, pendant l'intervalle de près de cinq mois qui s'était écoulé entre la mort de Lionne et l'arrivée de son

successeur, avait dirigé par intérim le département des affaires étrangères, et, malgré la prise de possession du nouveau titulaire, il prétendit continuer à en agir de même, et à entretenir avec les ministres du roi et autres agents diplomatiques une correspondance directe. Pomponne souffrit d'abord cette usurpation [1], puis un moment vint où il se regimba. Louvois mandait à ce sujet, le 17 décembre 1673, à Courtin, plénipotentiaire au congrès de Cologne : « Il y a déjà du temps que M. de Pomponne est travaillé de la maladie de vouloir faire sa charge et d'empêcher que personne ne s'en mêle; et, soit que son humeur appréhensive ne lui fasse craindre qu'il ne la fait pas bien, ou qu'il lui revienne quelque chose de ce qui s'est dit dans le public, il est devenu depuis quelque temps fort fâcheux sur cela. » Cette lettre est écrite sur le ton de la raillerie, mais la raillerie ne fut pas toujours de saison.

Le secrétaire d'État des affaires étrangères continua à se montrer « fort fâcheux » sur l'immixtion de Louvois dans les questions de son département, et celui-ci, de son côté, finit par trouver la résistance d'autant plus insupportable à son ambition, que cette résistance n'était pas toujours malheureuse [2]; aussi on le voit, quelques années plus tard, se résoudre à un rapprochement momentané avec Colbert, non moins évincé ni moins mécontent que lui, pour travailler ensemble à perdre auprès du roi leur intraitable collègue. Ses relations obligées avec le jansénisme, dont sa famille était comme la personnification [3], furent une de leurs armes les plus puissantes ; ils surent

[1] Au mois de juillet 1673 il céda même l'Alsace et la Lorraine, qui étaient de son département, à Louvois, qui se mit immédiatement en devoir d'augmenter les fortifications de Nancy, Philipsbourg et Brisach.

[2] Ainsi, pour n'en citer qu'un exemple : en 1679, Louvois ayant mis beaucoup de troupes en quartiers chez l'Électeur palatin, et ce prince s'étant plaint à Pomponne, qui avait fait avec lui et d'autres princes la ligue secrète connue sous le nom de *Ligue du Rhin*, dont un des principaux articles se trouvait expressément violé par ces quartiers, il en résulta dans le Conseil devant le roi une dispute, à la suite de laquelle Louvois reçut l'ordre d'aller à Paris chez Pomponne pour ajuster, de concert avec lui, ces quartiers. (*Journal de Dangeau*, t. V, p. 446, note de Saint-Simon.)

[3] « Un homme me disait l'autre jour, écrivait Mme de Sévigné, le 8 décembre 1679, c'est un crime que sa signature, et je dis : « Oui, c'est un crime « pour eux de signer et de ne signer pas. » (Allusion au Formulaire que la

aussi mettre habilement à profit la lenteur, les inexactitudes du ministre, dont les fréquents voyages à sa terre de Pomponne faisaient plus d'une fois attendre les courriers. Louvois, qui, en dehors des agents officiels, avait des correspondants partout, s'empressait d'instruire le roi de ce qui se passait à l'étranger avant que le secrétaire d'État des affaires étrangères eût pu l'en informer, et quelquefois en fût au courant lui-même. Ces faits, en se répétant, devaient nécessairement aigrir le prince qui se plaignait un jour d'avoir *failli attendre*, et l'un d'eux fut précisément, suivant la pittoresque expression de Mme de Sévigné, « comme la dernière goutte qui fit répandre le verre. » Tout le monde connaît l'histoire de ce courrier apportant de Bavière la nouvelle, impatiemment désirée, du traité de mariage de la Dauphine, auquel Pomponne avait donné l'ordre d'attendre son retour de la campagne pour paraître ; mais qui, ayant remis à Colbert dans l'intervalle les lettres de son frère de Croissy, négociateur du traité, fournit enfin l'occasion depuis longtemps recherchée d'exciter la colère du roi, et d'en obtenir un ordre de démission (18 novembre 1679[1]).

Pomponne supporta sa disgrâce avec résignation, peut-être sans trop de regrets. Depuis la paix de Nimègue surtout, la diplomatie française devenait chaque jour davantage une véritable arme de guerre ; elle s'accentuait de plus en plus dans un sens opposé aux tendances, au caractère du secrétaire d'État des affaires étrangères, tel que nous le dépeint Saint-Simon, et rendait sa retraite tôt ou tard inévitable. Louis XIV, dans ses Mémoires (*Œuvres*, t. IV, p. 458), ne lui assigne pas d'autre cause : « Il a fallu, dit-il, que je lui ordonnasse de se retirer, parce que tout ce qui passait par lui perdait de la grandeur et de la force qu'on doit avoir en exécutant les ordres d'un roi de France qui n'est pas malheureux. » On ne doit pas cependant accepter ce jugement sans réserve, ni moins encore cet autre passage où il ajoute : « L'emploi s'est trouvé trop grand et trop étendu pour lui ; j'ai souffert plusieurs années de sa faiblesse, de son opiniâtreté, de son inapplication. » Louis XIV écrivait alors sous l'empire des

mère Agnès Arnauld et d'autres religieuses de Port-Royal refusaient de signer.)

[1] Voir Saint-Simon, t. II, p. 325 et suiv., et Mme de Sévigné, lettre du 6 décembre 1679.

préventions qu'on lui avait inspirées, et cherchait à justifier à ses propres yeux la mesure qu'il venait de prendre ; il ne pensa pas toujours de même. Nous n'en voulons pour preuve que l'empressement avec lequel, aussitôt la mort de Louvois, il rappela Pomponne dans son conseil. Quoi qu'il en soit, en 1679, celui-ci n'était pas, et ne devait pas se sentir le ministre de la situation.

La haine de Pomponne avait rapproché les deux rivaux ; le choix de son successeur les brouilla plus que jamais. Chacun avait agi dans l'espoir de faire arriver un des siens ; Louvois appuyait Courtin ; Colbert travaillait pour son frère de Croissy, ambassadeur à Munich ; il l'emporta, et ce fut un coup de foudre pour Le Tellier et son fils [1]. Les lettres de Mme de Sévigné en font foi. « Un certain homme, écrit-elle à sa fille, le 8 décembre 1679, avait donné de grands coups depuis un an, espérant tout réunir ; mais on bat les buissons, et les autres prennent les oiseaux ; de sorte que l'affliction n'a pas été médiocre, et a troublé entièrement la joie intérieure de la fête [2] ... c'est donc un *mat* qui a été donné lorsqu'on croyait avoir le plus beau jeu du monde et rassembler toutes ses pièces ensemble. » — Elle ajoutait : « Faites un peu de réflexion à toute la puissance de cette famille (de Colbert), et joignez les pays étrangers à tout le reste, et vous verrez que tout ce qui est de l'autre côté, où l'on se marie, ne vaut point cela. » Mme de Sévigné se trompait à cet égard, et avec elle Louis XIV, qui, en opposant dans le conseil deux Colbert à deux Le Tellier, croyait rétablir entre les diverses in-

[1] Nous ne pouvons résister au plaisir de citer encore ici Saint-Simon. « Ce grand coup frappé, dit-il (t. II, p. 326), Louvois, dont Colbert, qui avait ses raisons, avait exigé de ne pas dire un mot de toute cette menée à son père, se hâta de lui aller conter la menée et le succès. — « Mais, lui « répondit froidement l'habile Le Tellier, avez-vous un homme tout prêt « pour mettre en cette place? — Non, lui répondit son fils ; on n'a songé « qu'à se défaire de celui qui y était, et maintenant la place vide ne man- « quera pas, et il faut voir de qui la remplir. — Vous n'êtes qu'un sot, mon « fils, avec tout votre esprit et vos vues, lui répliqua Le Tellier. M. Colbert « en sait plus que vous, et vous verrez qu'à l'heure qu'il est il sait le suc- « cesseur, et il l'a proposé ; vous serez pis qu'avec l'homme que vous avez « chassé, qui, avec toutes ses bonnes parties, n'était pas au moins plus à « M. Colbert qu'à vous. Je vous le répète, vous vous en repentirez. »

[2] Le mariage de Mlle de Louvois avec François de Larochefoucauld, duc de la Roche-Guyon.

fluences de son ministère une juste balance. Rien ne pouvait arrêter la marche ascendante de Louvois. Déjà, depuis plusieurs années, il avait pris la haute main sur les affaires intérieures. Ainsi, en 1675, il avait présidé à la répression des troubles qui éclatèrent en Guienne et en Bretagne, bien que la première de ces provinces fût du département de Châteauneuf, et la seconde de celui de Pomponne, et que dès lors les troupes eussent dû régulièrement être placées sous les ordres de ces secrétaires d'Etat. En 1676, il dirigea l'instruction du procès de la marquise de Brinvilliers et de ses complices, et cependant Paris était du département de Colbert. De même, nous le verrons centraliser presque entièrement tout ce qui se rattache à la douloureuse et délicate question des protestants. A l'extérieur, Croissy ne sut pas mieux se défendre que Pomponne ; Louvois continua à organiser à côté de la diplomatie officielle une diplomatie militaire, dont il avait fait l'essai en Italie dès 1672, et qui finit par absorber exclusivemeut certaines négociations. Telles furent notamment les affaires de la cour de Piémont[1] : Madame Royale écrivait, le 16 février 1681, au secrétaire d'Etat de la guerre : « Tout ce que je désire est de n'avoir affaire qu'à vous, et que tout passe par vos mains, le marquis de Pianesse m'ayant fort reconfirmée dans la pensée où j'étais que je ne pouvais être en de plus sûres, de meilleures, ni qui me fussent plus favorables. » Il est juste, toutefois, d'ajouter qu'à cette époque Louvois sauvegardait au moins les apparences ; il recommandait la discrétion à son correspondant Pianesse : « Je ne vous écris point de lettres ostensibles, lui disait-il (13 février 1681), parce que je ne dois point avoir de commerce dans les pays étrangers, et que je ne voudrais pas que cela, revenant à ceux qui en sont chargés, leur donnât lieu de croire que j'entreprends sur leur emploi. » Du côté de l'Allemagne, son action ne fut pas moins envahissante ; il inspira, il mit seul à l'œuvre les fameuses Chambres de réunion.

Malgré l'important avantage obtenu en 1679, et bien que la paix dont jouissait alors la France fût particulièrement favorable au développement de ses vues et au progrès de son influence, Colbert n'avait donc pu regagner le terrain qu'il avait

[1] Voir *Histoire de Louvois*, 2e partie, t. I, chap. II et III.

perdu ; l'entière conformité de sentiments et de goûts, qui unissait chaque jour davantage le roi et son ministre de la guerre, lui avait été un insurmontable obstacle. Il était aussi une puissance dont il n'avait pas su peut-être assez tenir compte, et qui faisait un des plus fermes appuis de son rival. Mme de Maintenon lui était hostile ; elle le trouvait trop négligent à rechercher les occasions de lui rendre service ; elle lui reprochait aussi et surtout « de ne penser qu'à ses finances et jamais à la religion. »

Ce grand ministre mourut le 6 septembre 1683, peu regretté du roi, calomnié par ses ennemis, haï de ce peuple dont il avait toujours cherché à améliorer le sort ; la postérité a été plus équitable à son égard.

Au moment de sa mort, il était investi de trois grandes charges : à celle de secrétaire d'Etat il joignait le contrôle général des finances et la surintendance des bâtiments, jardins, arts et manufactures.

Il ne rentre pas dans notre sujet de retracer les réformes, les améliorations que l'administration financière doit à Colbert ; nous en résumerons seulement, d'après M. P. Clément [1], les résultats généraux. La première année, qui échappa complétement à son action, puisqu'il ne vit que la fin de l'exercice, le montant des impôts fut de 84 millions et le déficit de 8 millions. En 1683, époque de sa mort, malgré une réduction considérable sur les tailles, les revenus s'élevaient à 116 millions, sur lesquels il restait au roi, payement fait des rentes sur l'Hôtel de Ville et de 16 millions 1/2 pour gages d'officiers, taxations, etc., 92 millions pour acquitter les dépenses de sa maison, de l'armée, des arsenaux et de la flotte, des ambassadeurs, des constructions, etc. Le produit des impôts s'était donc accru de 32 millions, et les rentes sur l'Hôtel de Ville, grâce aux remboursements effectués depuis la paix, n'excédaient guère 7 millions. Ces chiffres en disent par eux-mêmes assez pour n'avoir pas besoin de commentaires.

La surintendance des bâtiments, arts et manufactures, acquise le 2 janvier 1664 moyennant 242,000 livres, n'avait pas été pour Colbert un titre stérile. Il suffit de rappeler la colonnade du Louvre et les constructions de Versailles. Les lettres et les arts

[1] *Lettres, Instructions et Mémoires*, t. II, introduction, p. CXI.

trouvèrent en lui un protecteur éclairé. On sait que ce fut sur son initiative que Louis XIV pensionna les écrivains qui ont contribué à illustrer son règne. Fondateur des académies des inscriptions et belles-lettres (1663), des sciences (1666) et d'architecture (1671), il donna une vive impulsion aux travaux de l'Académie de peinture et de sculpture ; l'Académie française, dont il était membre, fut installée par ses soins au Louvre (1672), « et il contribua, dit d'Olivet, plus que personne à la faire connaître et la faire aimer du roi. »

Le département de Colbert, comme secrétaire d'Etat, était, depuis le règlement du 7 mars 1669, le plus étendu des quatre ; il comprenait : la maison du roi, les affaires générales du clergé, la marine et les galères, le commerce, tant au dedans qu'au dehors, les consulats, les compagnies des Indes orientales et occidentales, ainsi que les pays de leurs concessions, le rétablissement des haras. Les seules provinces du département étaient l'Orléanais et l'Ile-de-France avec Paris. Cette ville, dont Colbert constatait déjà la prépondérance et disait « qu'il était certain qu'elle donnait le mouvement à tout le reste du royaume, et que, lorsque les volontés du roi y étaient exécutées, elles l'étaient partout, » cette ville dut à son administration des améliorations nombreuses. Une ordonnance de 1666 assura le pavage et le nettoiement de ses rues, et prescrivit pour la première fois d'y établir des lanternes. L'année suivante fut celle de la création d'un lieutenant de police (mars 1667). La Reynie et après lui d'Argenson donnèrent, dès son berceau, à cette magistrature municipale l'importance qu'elle a toujours conservée depuis. Les approvisionnements, la salubrité, la sûreté publiques furent l'objet de sages et utiles règlements.

Dès 1671, Colbert avait obtenu pour son fils aîné, le marquis de Seignelay, la survivance de sa charge de secrétaire d'Etat. L'éducation de ce fils avait été pour lui l'objet d'une constante sollicitude, dont témoignent de nombreuses instructions rédigées de sa main, et que la Bibliothèque impériale possède encore. L'une d'elles et la plus importante est intitulée : *Instruction pour mon fils pour bien faire la première commission de ma charge*[1]. Dans ce travail, dont la date doit être fixée aux pre-

[1] Cette instruction se trouve p. 46 et suiv., t. III, 2e partie, des *Lettres*,

miers mois de l'année 1671, Colbert s'attache à initier son fils aux fonctions qu'il allait être bientôt appelé à remplir, et les détails qu'il lui donne sont, plus que tout autre document, de nature à faire comprendre en quoi consistait alors l'office de secrétaire d'Etat; nous en donnerons donc ici une très-courte analyse.

Après quelques observations générales dans lesquelles il engage surtout Seignelay à considérer « qu'il sert le plus grand roi du monde, qu'il est destiné pour le servir dans une charge la plus belle de toutes celles qu'un homme de sa condition puisse avoir, » et « qu'il est impossible de s'avancer dans les bonnes grâces d'un prince laborieux et appliqué, si l'on n'est laborieux et appliqué soi-même, » Colbert passe à l'énumération des diverses attributions de sa charge; il indique à son fils quelles études, lui sont nécessaires pour se rendre capable de la bien remplir, et quels points principaux doivent attirer son attention. De toutes les matières, la marine est la plus vaste et celle qui donne le plus de rapports avec le roi. La principale attribution du ministre, qui en a le département, consiste à ordonner tout ce qui est à faire pour équiper les vaisseaux et les mettre en état de tenir la mer, la justice dépendant de l'amiral et la direction des flottes étant plutôt le fait des vice-amiraux et chefs d'escadre. L'instruction donne sur l'administration de ce service d'intéressants renseignements, que nous regrettons de ne pouvoir reproduire ici. Notons seulement un principe que Colbert recommande aux méditations de son fils : il faut observer surtout et tenir pour maxime de laquelle on ne se départe jamais, de prendre dans le royaume toutes les marchandises nécessaires pour la marine, cultiver avec soin les établissements des manufactures qui en ont été faites, et s'appliquer à les perfectionner, en sorte qu'elles deviennent meilleures que dans tous les pays étrangers.

S'occupant ensuite de la conduite journalière que doit tenir le futur secrétaire d'Etat, l'instruction veut « qu'il fasse estat de tenir le cabinet, soit le matin, soit le soir, cinq à six heures par jour, et outre cela, donner un jour entier chaque semaine à

Instructions et Mémoires de Colbert, par M. P. Clément. Elle est suivie d'un Mémoire de Seignelay, qui a pour titre : « De ce que je me propose de faire toutes les semaines pour exécuter les ordres de mon père et me rendre capable de le soulager. »

expédier toutes les lettres et donner tous les ordres; » qu'il reçoive tous ceux qui lui demanderont audience, car c'est là le principe de toutes choses, et jamais la charge ne se peut bien faire sans cela ; — qu'il s'impose comme loi l'assiduité auprès du roi, laquelle peut beaucoup contribuer à le rendre agréable, et qu'il le voie tous les jours à son lever ou à sa messe ; — « qu'il tienne pour maxime certaine et qui ne doit recevoir ni atteinte ni changement, de ne jamais rien expédier qu'il n'en ait pris l'ordre de Sa Majesté. » Cette dernière prescription n'est pas oiseuse ; les détails dans lesquels entre Colbert attestent l'initiative que Louis XIV s'était réservée dans le gouvernement. « Aussitôt que j'aurai vu toutes les dépêches à mesure qu'elles arriveront, ajoute-t-il, je les enverrai à mon fils pour en faire promptement et exactement l'extrait, lequel sera mis de sa main sur le dos de la lettre... Je mettrai un mot de ma main sur chacun article de l'extrait, contenant la réponse qu'il faudra faire aussitôt ; il faudra que mon fils fasse les réponses de sa main, que je les voie ensuite et les corrige, et quand le tout sera disposé, le vendredi nous porterons au roi toutes les lettres, nous lui en lirons les extraits, et en même temps les réponses; si Sa Majesté y ordonne quelque changement, il sera fait ; sinon, les réponses seront mises au net, signées et envoyées. »

Il importe de faire agréablement et promptement tout ce que le roi ordonne pour les particuliers, et, pour cet effet, de s'imposer la règle inviolable de travailler tous les soirs à expédier tous les ordres qui auront été donnés pendant le jour, et à extraire tous les mémoires présentés.

Toutes les ordonnances et expéditions devront être enregistrées, et aucune ne sera délivrée sans que Seignelay en ait vu et coté l'enregistrement. Colbert attachait la plus grande importance à la fidèle transcription des dépêches ; les registres des dépêches du commerce, pendant les années 1669, 1670, 1671 et 1672, portent en regard de chaque lettre un *vu* de sa main. La plupart d'entre elles avaient été rédigées par lui, et un des préceptes sur lesquels il insiste le plus dans l'instruction qu'il adresse à son fils, c'est de minuter lui-même toutes les lettres et expéditions. On a déjà vu, dans le cours de ce récit, que de Lionne tenait également à honneur de rédiger lui-même toute la correspondance diplomatique.

Seignelay sut profiter des conseils et des exemples de son père. Admis par le roi, le 23 mars 1672, à suivre les affaires de la marine et à en signer les dépêches, il dirigea dès lors ce service, mais longtemps encore sous le contrôle de Colbert, qui, tant qu'il vécut, donna l'impulsion aux grandes affaires. A sa mort, Seignelay se crut un instant en mesure de prétendre à son héritage politique dans son entier; il échoua, et ne put obtenir, avec la garde des pierreries de la couronne, que la charge de secrétaire d'Etat dont il avait la survivance. Voici ce qu'écrivait, à cette occasion, celle qui fut en partie la cause de son échec : « M. de Seignelay a voulu envahir tous les emplois de M. Colbert, et n'en a obtenu aucun ; il a de l'esprit, mais peu de conduite. Ses plaisirs passent toujours devant ses devoirs ; il a si fort exagéré les qualités et les services de son père, qu'il a convaincu tout le monde qu'il n'était ni digne, ni capable de le remplacer. » (Lettre de Mme de Maintenon à Mme de Saint-Géran, 10 septembre 1683.)

Le contrôle général des finances fut donné à Claude Le Pelletier, ancien prévôt des marchands, ami et parent de la famille Le Tellier ; le roi lui accorda en même temps l'entrée au conseil.

Quant à la surintendance des bâtiments, arts et manufactures, le marquis de Blainville et d'Ormoy, autre fils de Colbert, en avait la survivance ; mais il reçut l'ordre de s'en démettre en faveur de Louvois, qui s'était empressé de solliciter cette charge nouvelle, bien que, suivant le témoignage d'un contemporain (Saint-Hilaire, *Mémoires*), « il en entendît les détails moins qu'on ne fait en France le haut allemand [1]. »

VI

Louvois était parvenu à l'apogée de la puissance. Maître de la guerre et des bâtiments, les deux grandes passions de

[1] Ce fut Seignelay qui, comme secrétaire d'Etat de la maison du roi, dut transférer la succession de son frère à Louvois. Celui-ci lui écrivit à cette occasion une lettre que M. C. Rousset a publiée dans le tome Ier, 2e partie, de son ouvrage, p. 361, et qui nous fournit deux renseignements que nous devons consigner ici : le surintendant prêtait serment de fidélité entre les mains du roi, prérogative des grandes charges ; — c'était le secrétaire d'Etat qui expédiait les ordonnances de fonds pour les dépenses des bâtiments.

Louis XIV depuis qu'il avait renoncé aux femmes, il rencontrait désormais, dans le contrôleur général des finances, un client, au lieu d'un censeur et d'un adversaire. Croissy, isolé dans le conseil, allait de plus en plus s'effacer, et avec lui la diplomatie officielle, pour céder entièrement le pas aux négociateurs militaires. Enfin, les postes, dont Louvois était surintendant depuis le 24 décembre 1668, lui fournissaient un fatal mais sûr moyen d'étendre sur toutes choses son action, et la violation du secret des lettres fut même plusieurs fois entre ses mains une arme de guerre[1].

En réalité, il se trouvait sur le pied d'un premier ministre; tout lui obéissait, tout dépendait de lui. Il est surtout une question qu'il centralisa, ainsi que nous avons déjà eu occasion de le dire, et dans laquelle son influence se fit particulièrement sentir d'une manière que tous se sont accordés à considérer comme désastreuse : c'est la révocation de l'édit de Nantes. Envisagée déjà maintes fois sur toutes ses faces, elle ne doit nous arrêter qu'un instant pour préciser la part qu'y eurent les secrétaires d'Etat.

Les affaires concernant la religion prétendue réformée formaient le département de Châteauneuf de La Vrillière. Celui-ci, à la différence de ses trois autres collègues, loin de pouvoir étendre le cercle de ses attributions, le voyait, au contraire, se restreindre chaque jour par suite de la tendance de plus en plus accusée de Louis XIV à rétablir en France l'unité religieuse, comme il venait d'y constituer l'unité gouvernementale. Cette tendance une fois admise, Châteauneuf ne sut pas même s'attribuer le mérite de la diriger, d'inspirer les actes nécessaires à sa mise en œuvre; il se borna à suivre l'impulsion qui lui était donnée; elle ne lui vint qu'assez tardivement de Louvois. Ce ne fut, en effet, qu'à partir de 1681, que ce dernier commença à intervenir activement dans la question. Il est vrai qu'il débuta

[1] En 1668, Louvois, pliant le service des postes aux nécessités de la police et de la guerre, avait fait retarder, même par des enlèvements de courriers, les lettres envoyées de Paris à Dijon, et qui signalaient les projets du roi contre la Franche-Comté. (C. Rousset, 1re partie, t. I, p. 133.) — En 1685, une lettre de lui au baron de Montclar nous apprend qu'il donnait l'ordre de voler, à main armée, sur les grands chemins, la correspondance de l'empereur et du roi d'Espagne. (*Ibid.*, 2e partie, t. I, p. 269.)

par un coup de maître : une ordonnance exempta pendant deux ans les nouveaux convertis de l'obligation du logement des gens de guerre. La récompense et le châtiment se trouvaient ainsi plus spécialement remis entre les mains du secrétaire d'Etat, de qui dépendaient les mouvements des troupes. Quels motifs l'avaient déterminé à soumettre à la signature du roi cette ordonnance, dont les conséquences ont été si funestes? Si l'on en croit Mme de Caylus, « il eut peur, voyant la paix faite, de laisser trop d'avantages sur lui aux autres ministres, et voulut, à quelque prix que ce fût, mêler du militaire dans un projet qui ne voulait être fondé que sur la douceur. » Assurément, le désir d'accroître son influence, d'agrandir encore la sphère de son action, ne fut pas étranger à l'empressement avec lequel Louvois adopta la proposition qui lui fut faite par l'intendant du Poitou, premier auteur du projet ; mais agit-il d'après un plan d'ensemble, mesura-t-il du premier coup d'œil la portée des dispositions nouvelles? Rien ne donne lieu de le penser. Des documents authentiques prouvent, au contraire, qu'à l'origine au moins, et tant qu'une prise d'armes intempestive, en 1683, n'éveilla pas chez lui la crainte de discordes civiles, il s'attacha à modérer le zèle inconsidéré, à réprimer les excès des autorités locales, des intendants surtout, sur l'initiative personnelle desquels doit en majeure partie retomber l'odieux des *dragonnades*. Ne perdons pas, en effet, de vue que, comme le fait observer avec raison M. Rousset [1], la révocation de l'édit de Nantes est une des rares affaires ou plutôt est la seule, à cette époque de centralisation, dont on peut dire qu'elle n'a pas suivi la direction exclusive des chefs du gouvernement, qu'elle leur a souvent échappé, et qu'en plus d'une circonstance ils ont subi l'action de leurs propres agents. Ce n'était pas de Paris ou de

[1] 2e partie, t. I, chap. VII. M. Rousset, en cherchant à définir le rôle de Louvois, se demande quelle responsabilité il doit encourir, et conclut justement, suivant nous, qu'il ne saurait en répudier aucune. « Quoiqu'il n'ait ni tout fait, ni tout ordonné, dit-il (p. 458), ni même tout connu, on lui impute tout, on le rend responsable de tout. De son temps même il en était ainsi ; déjà l'odieux de la révocation de l'édit de Nantes lui était exclusivement reproché. Avait-il devant ses contemporains, a-t-il devant la postérité le droit de s'en plaindre? Non, sans aucun doute. En affectant de tout dominer, de tout diriger, il a rendu toutes les accusations légitimes ; il a payé chèrement, cruellement la satisfaction de son orgueil. »

Versailles que le courant descendait aux provinces, c'était du fond des provinces que le flot montait vers Paris. Aussi, lorsque, cédant aux suggestions de ceux qui l'entouraient, déterminé par ces listes officielles de conversions qui affluaient chaque jour en si grand nombre, qu'il semblait qu'il ne dût plus y avoir un protestant dans son royaume, Louis XIV signa l'acte qui supprimait la déclaration de Henri IV (15 octobre 1685), il ne se trompait pas seul, mais avec lui, et au moins autant que lui, se trompait presque toute la France.

L'édit du 15 octobre avait été rédigé par le chancelier Le Tellier : ce fut le dernier qu'il scella ; il mourut quelques jours après (30 octobre 1685), et eut pour successeur un conseiller d'Etat, Louis Boucherat, vieillard de soixante-neuf ans, sans caractère politique, et qui ne fut pas nommé ministre d'Etat.

« Délié, adroit, souple, rusé, modeste, toujours entre deux eaux, toujours à son but, plein d'esprit, de force et en même temps d'agrément, de douceur, de prévoyance, moins savant que lumineux, pénétrant et connaisseur, Le Tellier avait fait et fondé la plus haute fortune [1]. » Sa mort ne sembla point ébranler celle de son fils. Louvois continua à jouir sur l'esprit du roi d'un pouvoir plus absolu que personne n'en eut jamais ; toutefois, cet excès même de prospérité devait finir par lui être fatal.

Il ne sut pas assez mesurer ses forces et celles de Mme de Maintenon. Cette *grande confidente*, comme on l'a si bien surnommée, sans prétendre à tout diriger, voulait être au courant de toutes choses. Sa chambre était devenue un sanctuaire du gouvernement, où chaque ministre était tenu de venir discuter devant elle, avec le roi, toutes les affaires de politique intérieure et extérieure. On doit comprendre combien cette obligation pesait à Louvois, et combien il s'efforçait de s'y soustraire. Mme de Maintenon s'en apercevait. « Ma présence gêne Louvois, écrivait-elle à Mme de Saint-Géran, le 4 décembre 1688 ; je ne le contredis pourtant jamais ; le roi lui a dit plusieurs fois qu'il pouvait parler en toute liberté. » Peut-être aussi eut-elle contre lui un autre et plus sérieux grief. Tous les historiens ont reproduit ce passage de Saint-Simon (t. XII, p. 413), où il nous représente Louvois se jetant aux

[1] Saint-Simon, *Notes sur Dangeau*.

pieds de Louis XIV et lui arrachant la promesse de ne pas déclarer son mariage ; il est vrai que, si l'on en croit M. Rousset, cette scène dramatique n'aurait jamais existé que dans l'imagination de l'aristocratique chroniqueur, brodant sur des propos de cour sans valeur et sans contrôle. Mais, quoi qu'il en soit, il est positif qu'un moment vint où les rapports de Louvois avec Mme de Maintenon se tendirent, devinrent difficiles, et où par contre celle-ci se rapprocha de Seignelay, dont les deux sœurs, les duchesses de Chevreuse et de Beauvilliers, étaient fort avant dans son intimité.

L'humeur altière et intraitable du ministre fournissait à Mme de Maintenon de fréquentes occasions de l'attaquer avec avantage. La mort de Colbert avait été à cet égard, pour lui, un événement funeste ; elle l'avait, il est vrai, débarrassé d'un rival, mais elle avait en même temps mis fin à un antagonisme qui, occupant l'attention du roi, lui avait fait jusqu'alors illusion sur l'autorité qu'il croyait exercer. Du jour où, Louvois demeurant seul, il n'y eut plus d'autre avis que le sien, les dissentiments commencèrent ; ils ne tardèrent pas à s'envenimer, et devinrent tels que pouvait le faire pressentir l'orgueil des deux personnages qui se trouvaient en jeu. La surintendance des bâtiments en fut la principale occasion, et, que l'anecdote de la fenêtre de Trianon, sur laquelle Le Nôtre, pris pour juge, fit tant de difficultés de se prononcer [1], soit vraie, ou que nous devions encore, avec M. Rousset, la reléguer au nombre des fables, elle n'en caractérise pas moins assez exactement ce qu'était, vers 1688, la situation respective du roi et de son ministre. Cette surintendance, qui eut pour le crédit de Louvois des conséquences fâcheuses, en eut de plus fâcheuses encore pour les destinées mêmes du pays. Le successeur de Colbert avait pris son héritage au sérieux [2] ; il apportait toute l'impétuosité, toute l'ardeur de son caractère à diriger les embellissements de Versailles, ceux de Trianon, et surtout la construction du célèbre aqueduc destiné à la dérivation des eaux de la rivière d'Eure, et

[1] Voir Saint-Simon, t. VII, p. 74, et t. XII, p. 393.

[2] Voir sur la surintendance de Louvois, et notamment sur ses efforts pour soutenir les manufactures françaises, auxquelles il continua le régime protecteur inauguré par Colbert, le chapitre VI du tome III de l'ouvrage de M. Rousset.

qui demeure encore debout et inachevé. Sa charge de secrétaire d'Etat lui facilitait, du reste, singulièrement l'exécution des plans qu'il avait tracés comme surintendant; il y employait les bras des troupes. C'était, au point de vue de la dépense et du prompt achèvement, sans nul doute, un moyen heureux ; mais il arriva que les travaux de la paix firent tort à ceux de la guerre, et que lorsque l'Europe, mise en mouvement par le prince d'Orange et coalisée sous ses auspices, recommença une lutte que rendaient tôt ou tard inévitable les interprétations arbitraires données aux traités de Westphalie et de Nimègue, ainsi que les empiétements commis par les chambres de réunion de Metz et de Brisach, la France ne se trouvait pas complétement en mesure de descendre dans la lice.

Une des premières conséquences de la guerre nouvelle fut la retraite du contrôleur général Le Pelletier (20 septembre 1689), qui demanda à se décharger sur d'autres épaules du pesant fardeau des finances. Invité par le roi à désigner son successeur, il proposa et fit agréer Phelypeaux de Pontchartrain, intendant des finances, ancien premier président du Parlement de Bretagne. « C'était, dit Saint-Simon (t. II, p. 305), un très-petit homme, maigre, bien pris dans sa petite taille, avec une physionomie d'où sortaient sans cesse des étincelles de feu et d'esprit, et qui tenait encore beaucoup plus qu'elle ne promettait. Jamais tant de promptitude à comprendre, tant de légèreté et d'agrément dans la conversation, tant de justesse et de promptitude dans les reparties, tant de facilité et de solidité dans le travail, tant d'expédition, tant de subite connaissance des hommes, ni plus de tour à les prendre. Avec ces qualités, une simplicité éclairée et une sage gaieté surnageaient à tout, et le rendaient charmant en riens et en affaires. »

Le Pelletier resta ministre d'Etat, mais sans influence. Louvois perdait ainsi son plus fidèle collaborateur, au moment même où la capitulation imprévue de Mayence ébranlait fortement son crédit, et où Seignelay, qui lui avait déjà enlevé la direction des affaires d'Irlande[1], entrait au Conseil (4 octobre).

[1] « L'inquiet (Louvois), écrivait Mme de Maintenon, ne tient plus qu'à un fil. Il est fort choqué qu'on lui ait ôté la direction des affaires d'Irlande. Il s'en est pris à moi. Il comptait sur des profits immenses ; M. de Seignelay ne compte que sur des périls et des travaux. Il réussira, s'il ne prend les

Le fils de Colbert se trouvait alors en plus grande faveur que ne l'avait été son père dans les dernières années de sa vie ; il n'en jouit pas longtemps. Une maladie de langueur, due aux excès du travail joint à la débauche, l'emporta le 3 novembre de l'année suivante, à l'âge de trente-neuf ans. « C'est sa fortune qui lui coupe la gorge, écrivait Bussy, et s'il n'avait pas pu tout ce qu'il a voulu, il vivrait plus longtemps[1]. » Cette mort prématurée fut une perte pour le pays[2]. Malgré des inclinations fastueuses, malgré des passions plus vives encore, Seignelay n'avait jamais sacrifié les affaires aux plaisirs. Digne continuateur des traditions paternelles, il sut, en dépit de Louvois, dont la jalousie mettait tout en œuvre pour rogner les crédits de son budget, doter la France des plus belles flottes qu'elle eût encore possédées, et faire dominer son pavillon sur les deux mers. Avec lui la charge de secrétaire d'Etat de la marine ne fut plus de robe, mais d'épée. En 1684, il alla en personne bombarder Gênes et obliger le doge et quatre sénateurs à venir à Versailles implorer le pardon de Louis XIV. Cinq ans après, il prit à Brest le commandement de l'escadre destinée à agir sur les côtes d'Angleterre. « Il était général en tout, dit Mme de Lafayette dans ses Mémoires, hors qu'il ne donnait pas le mot, et même il en avait les habits et la mine. » Si l'on en croit Saint-Simon, il aspirait au grade de maréchal.

choses avec trop de hauteur. Le roi n'aurait pas de meilleur serviteur, s'il pouvait se détacher un peu de son tempérament ; il en convient lui-même, et cependant il ne se corrige pas. »

[1] « Quelle jeunesse, quelle fortune, quels établissements, s'écriait Mme de Sévigné dans sa lettre du 13 novembre 1690 ; rien ne manquait à son bonheur ; il nous semble que c'est la splendeur qui est morte. »

[2] « Seignelay avait, dit Saint-Simon (*Journal de Dangeau*, t. III, p. 242, note), toutes les parties d'un grand ministre d'Etat, et désespérait M. de Louvois, qu'il mettait souvent à n'avoir pas le mot à répondre devant le roi. Ses défauts répondaient à ses grandes qualités : en débauches, en audace, en dépenses, en témérité, en ambition, en orgueil. Jamais tant de bon goût en gens, en choses, en compagnies, en ennemis, et pour la haine et l'amitié, il n'eut de pareil que Louvois. Savant, éclairé, beaucoup d'esprit, de délicatesse, d'étendue, de pénétration, de justesse, beaucoup d'humeur et même avec ses amis. » Indépendamment de sa charge de secrétaire d'Etat, Seignelay avait celle de trésorier de l'Ordre qui, à sa mort, passa à Colbert de Croissy ; son fils aîné, âgé de sept ans, eut la survivance de la [illegible] de maître de la garde-robe du roi.

Organisateur moins habile que Colbert, il eut cependant la bonne fortune de mener à fin une des œuvres capitales dont celui-ci avait jeté les bases, et d'attacher son nom à la célèbre ordonnance du 15 avril 1689, qui embrassait tous les services de la marine militaire, soit dans les arsenaux, soit à la mer, et dont assurément le plus bel éloge est d'être demeurée en vigueur pendant près de quatre-vingts ans [1].

La guerre commencée semblait réclamer pour la marine un administrateur expérimenté et qui s'y consacrât tout entier; mais Louis XIV ne considérait les secrétaires d'Etat que comme les simples agents de transmission de ses ordres; il s'estimait lui-même de taille à suffire à tout. Louvois, d'ailleurs, avait su lui persuader que c'était sur le continent que la France était le plus en mesure de porter à la coalition les coups les plus sensibles, et que les armements maritimes ne pouvaient servir qu'à des diversions. L'application de cette politique avait déjà décidé la révolution d'Angleterre; mais elle n'en devait pas moins continuer à prédominer.

Pontchartrain, déjà contrôleur général, fut nommé secrétaire d'Etat avec entrée au Conseil. En vain réclama-t-il, exposa-t-il qu'il n'avait aucune connaissance de la marine. « Le roi a voulu absolument qu'il s'en chargeât, » dit Dangeau, qui relate ainsi cette nomination (t. III, p. 245): « Le lundi, 6 novembre 1690, au sortir du Conseil des dépêches, Sa Majesté donna à M. de Pontchartrain la place de ministre et la charge de secrétaire d'Etat qu'avait M. de Seignelay, avec la marine et les pierreries [2]; il a présentement tout ce qu'avait M. Colbert, hormis les bâtiments. »

[1] « C'est après une expérience de trente ans, et avec des matériaux soigneusement éprouvés, que Colbert prépara cette magnifique ordonnance sur la marine royale, que Louis XIV signa en 1689, réglant le pouvoir, les fonctions et devoirs des officiers des armées navales, le rang, le commandement, les saluts, la justice, les peines, la police sur les vaisseaux, la garde des ports et arsenaux, les gardes de la marine, l'enrôlement, la levée, le payement, etc.; les appointements, la solde, les vivres, la police des ports, les fonctions des officiers de ports, la construction des vaisseaux, l'armement, l'artillerie, les armes, la fourniture des munitions, etc.; les hôpitaux, la comptabilité, les prises, les bois, etc. » (Durat-Lasalle, *Droit et législation des armées de terre et de mer*, t. V, p. 89.)

[2] A la mort de Louis XIII, les pierreries de la couronne ne montaient qu'à 700,000 livres. En 1690, suivant le prix où elles avaient été achetées,

Son département dut cependant subir un léger démembrement au profit de Louvois. Celui-ci, en échange du Poitou et de la Marche qu'il céda à Pontchartrain, se fit attribuer les haras, quelques manufactures qu'il n'avait pas, et les fortifications des places dont Seignelay avait la direction, même de celles des ports de mer. Tout ce service se trouvait ainsi réuni entre ses mains avec le titre de surintendant.

Malgré cette attribution nouvelle, l'influence du secrétaire d'Etat de la guerre continuait à décroître. Les incendies du Palatinat avaient été pour Mme de Maintenon une arme redoutable. Espérant contre-balancer son ascendant, Louvois décida Louis XIV à entreprendre le siége de Mons sans emmener aucune dame avec lui. Mais à ce siége même, dont sa prévoyance avait assuré le succès (mars-avril 1691), il le mécontenta par sa hauteur[1], et la froideur que lui témoignait de plus en plus le monarque semblait le présage certain d'une prochaine disgrâce, quand la mort vint le frapper subitement. Le 16 juillet 1691, au milieu d'un travail avec le roi chez Mme de Maintenon, il se trouva si malade qu'il dut se retirer; à peine rentré à la surintendance, il expira. Il n'avait que cinquante ans. « La soudaineté du mal et de la mort de Louvois, dit Saint-Simon, fit tenir bien des discours, bien plus encore, quand on sut par l'ouverture de son corps qu'il avait été empoisonné. » Cette assertion est corroborée par celles de Dangeau et de plusieurs autres auteurs.

Cependant une relation imprimée de Dionis, célèbre chirur-

elles s'élevaient à la somme de 11,333,000 livres (Dangeau, t. VI, p. 31). Le roi avait des diamants qui ne faisaient point partie de ceux de la couronne. Ainsi on lit dans Dangeau, à la date du 1er décembre 1699 : « Sa Majesté donna à la duchesse de Bourgogne une garniture de diamants brillants qu'on estime de 5 à 600,000 livres. Ce sont des diamants que le roi avait achetés et qu'il n'avait point donnés à la couronne; car, s'ils avaient été donnés à la couronne, le roi ne pourrait plus en disposer qu'en les prêtant. »

[1] « J'ai appris, dit Dangeau dans son *Journal* (t. III, p. 322), que, durant le siége, le roi avait été un peu en colère contre M. de Louvois de l'opiniâtreté avec laquelle il avait voulu que les commissaires des guerres marquassent le camp de la cavalerie, qu'on fit entrer dans les lignes ces jours passés. Ce soin regardait naturellement le maréchal des logis de la cavalerie, et le roi voulait que cela se fît dans les formes ordinaires. »

gien de l'époque, qui donna ses soins à Louvois, constate que les médecins chargés de l'autopsie du ministre ne découvrirent aucune trace de poison, et imputèrent sa mort à une attaque d'apoplexie pulmonaire, affection dont il était depuis longtemps menacé[1]. Ses incessantes préoccupations, la levée du siége de Coni, dont la fâcheuse nouvelle venait de parvenir à la cour, ne furent pas sans déterminer pour leur part la crise à laquelle il succomba.

Ainsi mourut ce célèbre ministre, dont un contemporain a dit, non sans raison, « qu'il aurait fallu ou qu'il ne fût point né, ou qu'il eût vécu plus longtemps. » (Mémoires de La Fare.) Saint-Simon, dans ses *Notes sur Dangeau* (t. III, p. 360 et suiv.), en a tracé de main de maître un portrait qui doit être cité : « M. de Louvois était le plus grand homme en son genre qui ait paru depuis plusieurs siècles, mais dont les talents ont été aussi les plus funestes à la France, par les conjonctures où il s'est trouvé. Rien de plus vaste, de plus fertile, de plus juste que son esprit pour les grandes entreprises et pour le secret d'en marquer tous les préparatifs et les dispositions les plus immédiates, dans l'exécution exacte et entière desquelles il excellait encore plus. Infatigable dans un travail de tous les jours, et de toutes les années, il pesait, perçait, dirigeait tous les détails avec une aisance inconcevable, dont aucun ne lui échappait jusqu'aux plus petits, et, autant que cela peut être dit d'un homme mortel et borné de sa nature, rien ne lui était impossible[2]. Il connaissait

[1] Voir *Journal de Dangeau*, t. III, appendice, la dissertation de Dionis.

[2] « La prodigieuse activité de Louvois suffisait à diriger tout l'ensemble de son ministère, à en contrôler tous les détails ; il courait d'une frontière à l'autre surprenant les généraux et les fournisseurs au moment où ils s'y attendaient le moins. Il écrivait ou dictait soixante et onze lettres en un jour, et faisait, comme Colbert, le tourment de ses commis. Un de ceux-ci qu'il interrogeait un jour sur sa position, lui rappela qu'il devait à sa bonté une place de 6,000 livres, mais qu'il n'en était pas plus heureux pour cela. « Comment? dit Louvois. — Oui, répliqua le commis, vous voulez que nous « soyons au travail de cinq heures du matin à onze heures du soir; de la sorte « nous ne pouvons dépenser 200 livres. — Vous vous reposerez quand vous « serez vieux », répondit Louvois en riant. (P. Clément.) D'une grande intégrité personnelle, Louvois exigeait de ses subordonnés la même vertu. « M. de Louvois, dit Dangeau à la date du 8 avril 1690, ayant découvert que « quelques commis dans ses bureaux avaient pris quelque argent pour des

les choses et les gens avec un sens exquis, et s'en servait à ce à quoi ils étaient propres avec un merveilleux discernement. La récompense et la punition étaient avec lui certaines, et toujours dans la proportion des gens et de leur service ou de leur manquement. En tout, d'une grande suite ; le plus dangereux ennemi et le plus difficilement réconciliable ; l'ami le plus sûr, le plus ardent, le plus voulant par lui-même, magnifique en tout, noble en tout, libéral à pleines mains ; le meilleur parent du monde et le père des pauvres, dont les aumônes allaient entre 2 et 300,000 francs par an... Mais voici la contre-partie de tant de bien. M. de Louvois n'était pas bon à être premier ministre en plein, et il est fort douteux que son esprit, tout tourné aux détails et aux entreprises, eût ce vaste général et cette combinaison immense qui est si nécessaire à un premier ministre pour tout embrasser, le digérer, le distribuer et l'administrer ; plus douteux encore qu'il fût instruit des intérêts de tout ce qui compose l'Europe avec quelque suffisance, et qu'un esprit inflexible naturellement, comme le sien, eût pu manier des négociations avec quelque moelleuse adresse, même par interposition d'autrui. C'était un homme altier, brutal, grossier dans toutes ses manières, comme sa figure le montrait bien, qui souffrait tout pour peser et résoudre, quand c'était subordonnément avec lui, et fort capable, par sa supériorité de génie, de saisir le bon et de s'y rendre contre son premier avis, de quelque part qu'il lui vînt ; mais qui était incapable d'aucun examen, d'aucune discussion d'égal à égal, parce qu'il voulait être maître en tout et partout, qu'il ne voulait souffrir aucune résistance, et qu'il brisait les obstacles au lieu de les aplanir ; homme terrible et absolu, et qui voulait et se piquait de l'être.

« A quoi il aurait été le plus excellent, c'eût été à être sous un premier ministre, ou sous un roi capable de s'en bien servir, et de le tenir de si court qu'il n'eût osé les embarquer en rien, et eût été réduit à l'unique exécution de leurs ordres, ou à leur proposer des projets de grandes choses sans avoir le crédit et l'ascendant sur eux de les y faire entrer, qu'autant qu'ils leur

« commissions, il les a chassés honteusement, et on a mis en prison une « femme qui était l'entremetteuse de ces commerces-là, espérant par elle « en découvrir davantage. »

auraient paru bons à leurs vues et à la situation des affaires... Mais le malheur de la France fut tel, que ce grand homme fut employé dans un milieu qui fit le malheur du royaume pour plus d'un siècle... Lui et Colbert étaient rivaux en tout, et rivaux avec une haine ouverte. Tout poussa donc Louvois à abuser du goût du roi pour la guerre : par là, il devenait le maître de presque toutes les grâces ; par là, il épuisait les fonctions du ministère des affaires étrangères ; par là, il ruinait, autant qu'il pouvait, la marine et le commerce... Par là, il réduisait Colbert à une dure nécessité d'expédients... à exciter par là les cris publics contre lui et des remontrances des Parlements qui mettaient le roi de mauvaise humeur contre son ministre des finances, que Louvois ne cherchait qu'à épuiser, pour perdre Colbert et n'avoir plus ni compétiteur dans l'autorité et dans la confiance, ni contradicteur dans ses vues et ses projets. »

Faisons abstraction des exagérations de langage, tenons compte des sentiments qu'inspiraient les réformes roturières de Louvois au chroniqueur passionné auquel nous empruntons ce passage, et nous reconnaîtrons la vérité des grandes lignes du portrait qu'il a ainsi tracé, la justesse du jugement qu'il porte sur l'ensemble du caractère et de la destinée de Louvois. Comme administrateur, Louvois tient le premier rang; peu l'ont égalé, aucun ne l'a surpassé dans la science difficile de l'organisation militaire; mais en politique, ses admirateurs les plus fervents, ses défenseurs les plus zélés ne peuvent nier que son influence n'ait eu de désastreux effets, et que ce ne soit à elle qu'il faille en grande partie imputer la décadence des dernières années du règne de Louis XIV.

Ce monarque, dans les dispositions d'esprit où il se trouvait alors, ne dut être que médiocrement affecté de la perte de son ministre. Il ne songeait pas assurément, quelque affirmative que soit à cet égard l'assertion de Saint-Simon, à le faire conduire à la Bastille; mais il y avait longtemps que Louvois lui était à charge par ses exigences, par la supériorité de son esprit. Aussi sa première impression fut-elle celle du contentement, et il ne marchanda pas alors des regrets de bienséance ; mais son ressentiment contre Louvois ne tarda pas à se ranimer et à s'aigrir de la grandeur posthume que faisaient à ce dernier, dans l'esprit de l'armée et du peuple, les exigences, les difficultés

croissantes d'une guerre qui se perpétuait ; et l'on peut bien dire avec M. Rousset[1] que Louis XIV a encore plus détesté Louvois mort que Louvois vivant, et qu'il l'a détesté tous les jours davantage. Ce fut alors qu'il se donna la triste satisfaction de troubler le repos de sa tombe aux Invalides (janvier 1699).

Dans le public, l'impression causée par cette mort si inattendue avait été profonde ; nous en trouvons la preuve dans la lettre souvent citée de Mme de Sévigné, et qui nous fait en même temps connaître quelle était, aux yeux de ses contemporains, l'importance de Louvois. « Le voilà donc mort, ce grand ministre, écrivait-elle, le 26 juillet 1691, à M. de Coulanges, cet homme si considérable, qui tenait une si grande place, dont le *moi*, comme dit M. Nicole, était si étendu, qui était le centre de tant de choses ; que d'affaires, que de desseins, que de projets, que de secrets, que d'intérêts à démêler, que de guerres commencées, que d'intrigues, que de beaux coups d'échecs à faire et à conduire ! Ah ! mon Dieu ! donnez-moi un peu de temps, je voudrais bien donner un échec au duc de Savoie, un mat au prince d'Orange ; non, non, vous n'aurez pas un seul, un seul moment. »

[1] T. IV, p. 506.

Vte H. DE LUCAY,
Auditeur au Conseil d'État.

(*La suite à un prochain numéro.*)

BIBLIOGRAPHIE.

Du consentement des époux au mariage, d'après le droit romain, le droit canonique, l'ancien droit français, le Code Napoléon et les législations étrangères, par E. Glasson, professeur agrégé à la Faculté de droit de Nancy. In-8°, Paris, Aug. Durand, libraire-éditeur, 7, rue Cujas. Prix : 6 fr.

Les sujets empruntés au droit des biens ont un grand avantage sur ceux qui sont pris au droit de famille. La partie de la législation relative aux intérêts matériels et au règlement des rapports qu'ils engendrent change avec le temps ; le développement du crédit et des affaires amène des combinaisons nouvelles, pour lesquelles il faut soit des règles, soit des interprétations nouvelles. Il met les jurisconsultes dans la nécessité et leur donne le plaisir d'étudier ce qui n'a pas été approfondi avant eux. Le droit commercial, notamment, doit à sa mobilité une grande partie de son attrait. Les questions n'ont pas le temps d'y vieillir. Cet avantage manque à la partie de la législation où sont établis les droits des personnes et réglés les rapports de famille. Les formes et les détails y changent plus que les principes, parce que la nature morale de l'homme, d'où sont tirés ceux-ci, ne se modifie pas dans le cours des âges. D'autre part, elle fait l'objet d'études constantes et renouvelées, parce que les intérêts auxquels elle est consacrée sont les plus importants en même temps que les plus élevés. Aussi les jurisconsultes qui s'en occupent courent-ils un vrai danger : celui de sembler avoir été prévenus dans leur travail.

On regretterait néanmoins que des matières si importantes fussent jamais délaissées. Il est utile de rappeler les principes essentiels et permanents du droit : ils ont beau rester les mêmes ; dans l'application, de notables différences peuvent se produire, des questions nouvelles se posent sur les sujets les plus anciens ; l'expérience apprend qu'il faut corriger, améliorer, préciser. D'ailleurs, il est également vrai de dire qu'il n'y a rien de nouveau et rien d'épuisé sous le soleil. Il n'est pas une matière sur laquelle une œuvre originale ne puisse être faite, pourvu qu'elle soit entreprise par un esprit distingué, produite

à l'aide de recherches consciencieuses et d'une scrupuleuse réflexion.

M. Glasson s'attache avec un soin évident à ne pas refaire ce qui a été fait avant lui. Il étudie à fond et par lui-même. Nous signalerons dans la partie consacrée au droit romain un développement sur cette question : si le consentement de la *filia familias* était nécessaire pour son mariage? Toute la partie du droit canonique est pleine de détails curieux et certainement neufs pour la plupart des lecteurs, M. Glasson, qui est familier avec les Allemands, a très-heureusement profité des travaux modernes faits dans les pays où les principes du droit canon sont encore en vigueur; il est rare de trouver en France un auteur qui fasse une étude, non-seulement historique, mais encore pratique de ce droit. La section consacrée à l'*erreur* est particulièrement remarquable. Pour traiter de l'ancien droit, l'auteur a tiré parti du séjour qu'il a fait à Strasbourg et de celui qu'il fait maintenant à Nancy ; son attention a été portée sur la situation faite aux protestants d'Alsace, en ce qui concerne le mariage; il a exhumé de la belle bibliothèque de Nancy un mémoire fort curieux sur un « mariage forcé, » conclu à la cour du roi Stanislas. La note introductive placée à la page 96 nous montre à la fois comment la volonté des parties peut être altérée par l'influence d'un prince absolu, quelque philosophe qu'il soit, et quelles réticences respectueuses la publicité peut s'imposer par égard pour sa personne ou pour sa mémoire. Il ne faut pas oublier que l'originalité n'est pas liée au bonheur des découvertes savantes ; elle a de quoi s'exercer là où l'érudition n'a que faire, où l'inédit ne peut être rencontré, dans l'étude même du droit actuel ; elle ne consiste pas seulement dans l'indépendance du jugement, elle se montre dans l'examen des questions nouvelles que soulève l'application des principes légaux dans la recherche et dans le développement des idées qui y sont engagées. M. Glasson en fait preuve, notamment dans le chapitre III de la seconde partie, intitulé : *A quel moment se donne le consentement au mariage, en particulier des promesses de mariage,* dans un développement consacré à l'impuissance. Sur ce dernier point, l'auteur examine complétement les dispositions canoniques ; un tel examen eût été mal placé dans la partie du droit canon, car l'impuissance était, dans ce droit, un em-

pêchement *sui generis ;* de nos jours, si elle peut produire quelque effet, c'est lorsqu'elle est inconnue de la partie qui contracte avec l'impuissant, et parce qu'une telle ignorance ne permet pas à celle-ci de donner un consentement suffisamment éclairé ; or, le sujet de l'ouvrage est le consentement des époux. Nous signalerons enfin « un dernier cas... sur lequel la doctrine et la jurisprudence ne se sont pas prononcées : c'est celui d'une simulation de la part des futurs époux devant l'officier de l'état civil. » (Art. 144.)

Les plus louables qualités ont leur entraînement duquel, il faut se défier. Une excellente disposition à se montrer original a poussé M. Glasson à recueillir toutes les questions sur lesquelles il a cru pouvoir l'être, ne fussent-elles pas essentielles à son sujet. Ainsi l'ordre a été un peu sacrifié et l'ouvrage ne répond pas toujours exactement au titre qu'il porte. Pourquoi l'auteur fait-il, en traitant du droit romain, un chapitre sur les formes du mariage ? Qu'il y ait mis d'excellentes choses, nous le reconnaissons ; surtout nous lui savons gré d'avoir, dans une note à la page 20, opposé une forte objection à cette opinion trop facilement acceptée que le mariage libre fut tardivement reconnu chez les Romains, et que la *manus* fut longtemps la condition indispensable de l'union conjugale. Mais il est inutile de traiter de la forme à propos du consentement. Nous dirons la même chose des détails intéressants donnés par l'auteur sur la manière dont se formait le mariage en droit canonique. Il est assurément pénible de sacrifier l'intérêt à l'ordre, en élaguant un détail curieux, une opinion originale, par respect pour la sèche méthode. Les sacrifices de ce genre sont pourtant nécessaires, surtout quand on prend un sujet dans un sujet plus vaste, une partie dans un tout, le consentement des époux dans le mariage. Peut-être est-ce l'influence allemande qui a poussé l'auteur à faire passer la science avant toute autre chose. Il nous pardonnera d'avoir réclamé pour la méthode.

La troisième partie est consacrée aux législations étrangères, notamment à celle de l'Allemagne. L'étude est faite avec soin et avec bonheur. La part du droit civil et celle du droit canonique sont nettement distinguées. Les dispositions en vigueur sur tous les points importants, en particulier sur ceux où la loi française paraît défectueuse, sont mises en lumière. L'esprit des

divers États y apparaît avec évidence. Il n'est qu'un grand pays où l'erreur « constitue une cause de nullité du mariage, non-seulement lorsqu'elle porte sur la personne, mais même pour le cas où elle est relative à une qualité telle que, si l'erreur n'avait pas existé, le mariage n'aurait pas eu lieu » (n. 175), où la législation garantisse ainsi contre les méprises du consentement les intérêts de tout genre, par conséquent celui de la fortune et celui de la naissance : c'est la Prusse. Cette disposition a été empruntée à la Prusse par quelques petits États qui s'empressaient d'adopter ses lois avant d'avoir à les subir, notamment par le grand-duché de Bade (n. 180).

Dans cette remarquable partie, nous avons trouvé une lacune : l'auteur ne parle de l'Angleterre qu'en passant et à propos de l'impuissance. Cependant des principes intéressants se seraient présentés à lui s'il avait examiné le droit anglais. Les jurisconsultes posent cette règle que la loi, considérant le mariage comme un contrat civil, « le traite comme elle fait de tous les autres contrats[1]. » Ils protestent contre une décision qui a reconnu légitimes les enfants d'un idiot, reconnaissant en même temps la validité de son mariage. Le lunatique et l'idiot ne peuvent se marier, leur mariage est complétement nul si le lord chancelier, ou la majorité de ceux à qui ils sont confiés, ne déclare qu'ils jouissent de leur raison au moment où ils veulent le contracter[2]. Les promesses de mariage, ou du moins les *verba de præsenti*[3], les *précontrats* ou *préengagements* n'ont pas de force obligatoire, mais c'est encore une question s'ils ont force prohibitive[4], et si ceux qui les ont faits, n'étant pas obligés de se marier entre eux, ont la faculté de se marier avec d'autres. Cependant c'est par respect pour la tradition que les jurisconsultes représentent la question comme étant encore dans le doute. Christian, l'annotateur de Blackstone, dit : « Comme ce *préengagement* ne peut plus avoir le mariage pour effet, je pense que nous pouvons maintenant être assurés que ce ne sera plus

[1] Blackstone, liv. I, chap. XV, n. 1 ; Stephen, *New Commentaries*, 3e éd., 1853, t. II, p. 238.

[2] Blackstone, *eod.*; Stephen, p. 242.

[3] Voir M. Glasson, p. 86, note 1.

[4] Blackstone, *eod*, et liv. III, chap. VII, n. 11 ; Stephen, p. 239.

un empêchement pour un subséquent mariage, actuellement solennisé et consommé. » — « Si, en réalité, c'est encore une objection, » dit Stephen[1].

L'excellent travail de M. Glasson se termine par des conclusions où l'autorité du raisonnement se fortifie des meilleurs exemples de la législation étrangère, et dont l'adoption produirait dans la nôtre un véritable progrès. Il demande avec raison que la loi autorise formellement les interdits à contracter mariage, mais en les soumettant à la nécessité d'obtenir le consentement de leurs tuteurs, surtout de leurs ascendants ou de leur conseil de famille (n. 190) ; il réclame la même protection pour les aliénés, les faibles d'esprit, les sourds-muets (n. 191); selon lui, « l'existence de l'un des faits suivants, ignorée de l'autre époux, devrait encore donner lieu à la nullité du mariage : la qualité de prêtre ou de moine, la folie, l'épilepsie, certaines maladies contagieuses et incurables; » il en serait de même de la condamnation à une peine afflictive et infamante (n. 192). A propos de l'impuissance, il se contente de dire : « Un fait nous frappe : c'est que le système suivant lequel il ne faut pas s'occuper de l'impuissance est unanimement repoussé par toutes les législations modernes, même par le nouveau code civil italien » (n. 193). La conclusion qui peut le plus soulever de difficultés est celle qui est relative au refus de célébration à l'église. L'auteur combat le système proposé par M. Batbie[2] : d'après le savant professeur, les époux devraient déclarer devant l'officier de l'état civil s'ils veulent célébrer religieusement leur mariage ou non. « Si non, le mariage civil serait définitif; si oui, la loi ne reconnaîtrait le mariage qu'autant qu'on justifierait de la célébration religieuse. » D'excellents esprits ont été frappés du danger d'un système qui affecterait le mariage civil d'une con-

[1] L'histoire d'Angleterre offre un curieux exemple de l'effet des promesses de mariage. Richard III s'en servit pour faire déclarer illégitimes les filles de son frère Édouard IV. L'évêque de Bath « disoit que ledit roy Édouard avoit promis foy de mariage à une dame d'Angleterre qu'il nommoit, pour ce qu'il en estoit amoureux, pour en avoir son plaisir, et en avoit la promesse entre les mains dudit évêque, et sur cette promesse coucha avec elle, et ne le faisoit que pour la tromper. » (Commines, liv. VI, chap. IX.) Ainsi le mariage d'Édouard IV avec Élisabeth n'était pas valable.

[2] Révision du Code Napoléon, *Revue critique*, année 1866, p. 131.

dition suspensive, le changerait en simples fiançailles, en subordonnerait la validité à celle de l'union religieuse. Touché de la même crainte, M. Glasson propose d'introduire simplement en France le système adopté par le nouveau code civil italien : « Il consiste à autoriser l'union religieuse aussi bien avant qu'après le mariage civil ; on ferait ainsi disparaître les dispositions des articles 199 et 200 du Code pénal, et, en réalité, la loi civile s'occuperait encore moins de l'union religieuse qu'elle ne le fait sous l'empire de la loi actuelle » (n. 194). Que ce système n'offre aucun danger pour la société civile, c'est ce qui est certain, puisqu'il est établi par l'Italie, qui n'est pas suspecte de tendresse pour le clergé. Nous n'ignorons pas qu'il soulève certaines inquiétudes ; c'est l'intérêt même de la société religieuse et de ses fidèles qu'on invoque à présent pour maintenir les dispositions prises contre eux. On craint que les personnes peu éclairées ne se croient suffisamment mariées, si elles le sont à l'église, ne se dispensent de se présenter devant l'officier de l'état civil, et, après avoir mis en sûreté leurs consciences, ne compromettent de la manière la plus grave leurs propres intérêts et ceux de leur future postérité. Quelle triste situation que celle d'une famille, légitime aux yeux de la religion, composée, aux yeux de la société civile, de concubins et d'enfants naturels ! Nous ne méconnaissons pas ce qu'il y a de grave dans cette objection. Mais toute liberté est dangereuse pour qui n'a pas de suffisantes lumières. Celle dont nous parlons est-elle si redoutable ? Les articles 199 et 200 du Code pénal ont été rédigés, nous dit M. Glasson, « sous l'influence de réactions violentes et encore nouvelles, en haine du clergé et des anciennes institutions. » Il est vrai, mais, considérés en eux-mêmes, ils peuvent s'expliquer autrement, nous dirons plus, se justifier. Il fallait rompre la société nouvelle au mariage civil. En imposant aux Français la nécessité de s'adresser à l'officier de l'état civil, la loi devait leur en donner l'habitude. Aujourd'hui, l'habitude est prise ; elle ne soulève aucun scrupule dans les consciences les plus craintives, aucun mécontentement chez les membres de la société religieuse les plus jaloux de leurs droits ; la mauvaise foi peut seule soutenir qu'il est encore en France des esprits qui désirent la suppression du mariage civil. Il ne serait pas douteux que les ministres du culte eux-mêmes n'avertissent les

parties de contracter le mariage civil; leur intérêt n'est pas de surprendre les fidèles en leur faisant contracter des unions dénuées de légitimité civile. Nous ne ferions aucune difficulté d'accepter la conclusion de M. Glasson.

En somme, il a fait un livre savant, complet, judicieux, qui lui fait grand honneur à lui-même, comme à la Faculté où il professe.

ALBERT DESJARDINS,
Agrégé à la Faculté de droit de Paris.

Traité de la possession en droit romain, par FRÉD.-CH. DE SAVIGNY; 7e édition, publiée d'après les notes laissées par l'auteur, et augmentée d'un appendice sur l'état actuel de la doctrine, par M. RUDORFF, conseiller intime de justice, etc.; traduit par H. Staedtler, docteur en droit romain, professeur à la Faculté de droit de Louvain. In-8°, 1866, Durand. Prix : 12 fr.

C'est en 1803 que parut la première édition du célèbre Traité de M. de Savigny sur la possession. Ce grand ouvrage fut accueilli avec une faveur bien méritée, et eut en France, dans le monde savant, un retentissement durable. C'est la septième édition dont M. Staedtler nous donne aujourd'hui une remarquable traduction. Ce consciencieux travail, qui n'a pas moins de 750 pages compactes, est un nouveau service rendu à la science du droit. L'œuvre de M. de Savigny a été l'objet de bien des appréciations qui ne laissent rien à ajouter. Depuis son apparition, le sujet qui y est traité a été repris, surtout en Allemagne, par beaucoup d'érudits; et on constate, à l'honneur de M. de Savigny, que ces travaux n'ont presque rien modifié à son ouvrage; peut-être même ont-ils eu un résultat regrettable, celui d'exposer la génération nouvelle à perdre de vue les principes qui servent de base à la matière. C'est ce qui a inspiré à M. Rudorff l'observation suivante : « Pour garantir contre ce danger il sera donc d'autant plus nécessaire de republier sans cesse les grands travaux modèles des maîtres antérieurs, qui l'emportent décidément par la manière dont ils possèdent les principes fondamentaux, et au nombre de ces travaux il faut placer en première ligne le présent ouvrage. »

P. C.

G. Waitz. *Deutsche verfassungsgeschichte* (Histoire des constitutions en Allemagne), 1 vol., 2e édition revue, 1866.

Il s'est écoulé plus de vingt ans depuis la publication de la première édition de ce premier volume, qui traite du temps antérieur à l'invasion des peuples barbares.

De nos jours l'antiquité germanique est devenue l'objet de recherches fréquentes de la part des savants allemands et français. Leur manière d'envisager ce sujet diffère assez souvent de celle de l'illustre auteur. C'est pourquoi celui-ci a refondu son ouvrage, sans toutefois abandonner en général les opinions énoncées par lui dans la première édition de son livre.

Les recherches consciencieuses, la vaste érudition, le grand talent de combinaison qui distinguent l'auteur, se révèlent dans ce nouveau travail comme dans le précédent. Il met d'ailleurs plus de modération dans ses assertions, plus de justice dans sa critique des opinions divergentes. Cependant le style est parfois prétentieux et diffus, de sorte que l'exposition des faits manque souvent de clarté et de précision.

Comme la première édition, ce livre est divisé en douze parties et deux appendices :

1° Premières notions historiques ;
2° Mœurs et caractères du peuple ;
3° La famille ;
4° La propriété foncière et les villages ;
5° Les peuplades et leurs divisions ;
6° Les États ;
7° Les princes ;
8° La royauté ;
9° Les assemblées populaires ;
10° Suite ;
11° Organisation militaire ;
12° Droit et justice ; fin.

Appendices :

1° Responsabilité solidaire des populations (Gesammtbürgschaft) ;

2° Du nombre douze dans les affaires allemandes.

Considérons maintenant de plus près ce qui distingue cette nouvelle édition de la première.

M. Waitz, n'admettant pas que les Gètes soient de race germanique, ne s'occupe pas de leur constitution. Il se prononce énergiquement [1] contre l'opinion de J. Grimm, de Wirth et d'autres auteurs, qui identifient les Gètes avec les Goths.

Dans une note [2] l'auteur soutient de nouveau l'opinion que le mot de « Germains » est d'origine celtique (gauloise), et non pas d'origine allemande ou romaine.

Nous sommes parfaitement d'accord avec l'auteur sur ce qu'il dit contre [3] la constitution des familles (Geschlechtsverfassung), considérée comme base de l'Etat germanique [4], et nous approuvons ses observations sur la responsabilité solidaire des populations (Gesammtbürgschaft), qu'on a voulu rattacher à cette constitution, et qui est une institution entièrement étrangère au droit germanique [5].

La quatrième partie du livre traite de la propriété foncière et des villages. On sait que de notre temps la constitution agraire (Agrarische Verhæltnisse) a beaucoup occupé les savants allemands. M. Waitz, tout en tenant compte de ces travaux, maintient le système intermédiaire où il s'est placé dans la première édition. Il pense toujours que les Germains, en se fixant sur le sol allemand, y introduisirent aussitôt non-seulement la propriété foncière communale, qui se composait de forêts et de pâturages, mais aussi la propriété individuelle, consistant en terres labourables. Il affirme encore qu'à cette époque reculée, la propriété foncière obligeait déjà au service militaire dans l'armée nationale [6]. C'est avec raison que M. Waitz considère les communautés rurales comme des institutions reposant sur des rapports agricoles [7], et bornées en réalité dans leurs effets à tout ce qui touche l'agriculture [8].

L'auteur trouvait autrefois impossible que dans l'origine les *Centenæ* (*Huntari*, *Zenten*, chez César et Tacite *Pagi*) aient repré-

[1] P. 5, not. 1.
[2] P. 34.
[3] Voir p. 80, etc.
[4] Surtout contre Sybel, *Origine de la royauté allemande*, p. 15, etc.
[5] Comparer p. 89, etc.; 422, etc.
[6] Comparer p. 375, etc.
[7] D'accord avec G.-L. de Maurer, *Constitution des villages*, 2 vol., 1865-1866.
[8] P. 112, etc.

senté une partie de l'organisation militaire qui, dans les endroits où les Germains s'établirent, se serait transformée en institution de l'Etat; il regardait au contraire ces institutions comme primitives toutes deux. C'est avec raison qu'aujourd'hui il reconnaît la connexion qui existait entre elles [1].

Dans la sixième partie, les opinions de l'auteur n'ont subi aucune altération. Mais on voudrait y trouver plus de précision, qualité qui fait défaut surtout dans les explications données sur les Lites et la noblesse germanique.

Arrivant à la septième partie qui traite des *principes*, nous sommes parfaitement d'accord avec l'auteur. Il y donne de nouveaux développements aux opinions avancées par lui dans la première édition sur la situation et le caractère des *principes*, et combat les opinions qui s'écartent des siennes.

C'est ainsi que dans une note, page 270, il réfute l'assertion de Montesquieu [2], suivant laquelle les *Antrustions* auraient été des nobles.

La huitième partie, qui traite de la *royauté*, et la neuvième, qui s'occupe des assemblées populaires, ne font que répéter ce qui a été dit dans la première édition. Cependant, je signale au lecteur une explication habile de Tacite (Germanie, c. 12) qui se trouve dans la neuvième partie. Voici ce passage : « Principes, « qui jura per pagos vicosque reddunt; centeni singulis ex plebe « comites consilium simul et auctoritas adsunt. » M. Waitz suppose que les cent assesseurs étaient l'assemblée des hommes qui jouissaient des droits politiques dans la *Centena* et qui se réunissaient sous le *Princeps* pour rendre la justice [3]. Tacite avait donc commis l'erreur, facile à expliquer, de prendre l'assemblée de la *Centena* pour une assemblée de cent membres.

M. Waitz s'étend particulièrement sur la bande guerrière (Gefolgschaftswesen), à laquelle il n'attribue pas une grande importance politique.

La partie intitulée *droit et justice* ne parle pas des tribunaux, dont il a plusieurs fois été fait mention dans les parties précédentes, mais de la vengeance (Rache), des amendes, du prix

[1] Comparer, par exemple, p. 161.
[2] *Esprit des lois*, liv. XXX. c. 22.
[3] Voir p. 334, comparer avec p. 154.

donné pour acheter la paix (Friedensgeld), et des preuves judiciaires.

Les observations que je viens de faire n'ont d'autre but que d'indiquer combien il y a de choses intéressantes et nouvelles dans cette édition, et d'engager à l'étude de cet excellent ouvrage.

Dr HILLEBRAND.

Le livre des droits et des commandements d'office de justice, publié d'après le manuscrit inédit de la bibliothèque de l'Arsenal, par C.-J. BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, docteur en droit, procureur impérial à Chartres. Durand et Pédone-Lauriel, 7, rue Cujas. 2 vol. in-8°. Prix : 16 fr.

M. Beautemps-Beaupré n'est pas un inconnu pour tous ceux qu'intéresse l'histoire de l'ancien droit français. Il y a bien longtemps déjà, il insérait dans les mémoires de la Société des Antiquaires de Normandie une note des plus curieuses *sur un manuscrit du Coutumier de cette province appartenant à la bibliothèque de Troyes*. Vers la même époque, il entretenait la Société d'archéologie d'Avranches *des manuscrits juridiques qui faisaient autrefois partie de la riche librairie du Mont Saint-Michel*. Depuis, il a continué d'affirmer ses qualités spéciales par une série de travaux distingués qui ne sont pas arrivés à leur terme, et qui ont été accueillis avec une faveur légitime. Malgré l'ancienneté des documents qu'ils mettent en lumière, quelques-uns touchent d'assez près aux questions du temps présent. Ce sont, notamment : *un tarif des actes notariés au quinzième siècle* et le mémoire *sur le droit des propriétaires de fiefs d'ajouter le nom de leur fief à leur nom patronymique*. La brochure relative à un *manuscrit du grand Coustumier de France*, et surtout *les Coustumes des pays de Vermandois et ceulx des environs*, ne relèvent que de la science pure et montrent clairement tout ce que l'on peut attendre de l'esprit scientifique et investigateur de M. Beautemps-Beaupré. *Le livre des droits et des commandements d'office de justice* est un nouveau pas fait dans cette voie féconde. L'auteur de ce texte, édité aujourd'hui avec un soin scrupuleux, est resté inconnu, et il a été impossible à M. Beautemps, malgré l'étendue de ses recherches, de découvrir la moindre indication de nature à mettre le lecteur sur sa trace.

Le genre particulier à l'ouvrage rend le résultat très-regrettable. Bien que *le Livre des droits et des commandements d'office*

de justice paraisse avoir été tenu en assez grande estime par Laurière, qui l'a cité sous le nom de *Pratique de Cholet*, la valeur qu'on doit lui reconnaître est pour ainsi dire impersonnelle. C'est une compilation du genre le plus humble, écrite au jour le jour, sans méthode et sans vue d'ensemble, par un praticien préoccupé avant tout de l'utilité présente et dont le nom mérite peu de sortir de l'obscurité. L'abondance des documents constitue à peu près seule le mérite du recueil et permet de le considérer comme un tableau complet de la jurisprudence des Cours du Poitou pendant la seconde moitié du quatorzième siècle. Du reste, il ne faut pas s'y tromper, ainsi que l'a fait observer avec raison un des maîtres de la science, M. de Valroger : « La pauvreté du travail s'efface par le prix du témoignage ; et, comme constatation de coutumes, l'ouvrage garde son intérêt malgré le peu de cas que l'on peut faire de l'ouvrier. »

La publication de M. Beautemps-Beaupré est précédée d'une introduction dans laquelle se trouvent résumés tous les principes juridiques qui ressortent des décisions recueillies par le compilateur anonyme. Ce travail étendu, qui complète fort heureusement le manuscrit de la bibliothèque de l'Arsenal, atteste la connaissance la plus sérieuse de l'ancien droit, et a valu à son auteur les suffrages des juges les plus autorisés. De pareilles investigations rendent à la science du droit de véritables services et se recommandent d'elles-mêmes à l'attention de tous les amis des études historiques. E. DE B.

FIN DE LA DOUZIÈME ANNÉE.

TABLE DES MATIÈRES.

De l'influence des travaux de Pothier et du chancelier d'Aguesseau sur le droit civil moderne, par M. Léopold THÉZARD, agrégé à la Faculté de droit de Poitiers, avocat à la Cour impériale. 5

Les Coutumes de l'Assise, par M. Ed. BONVALOT, conseiller à la Cour impériale de Colmar. 57

Prise de possession d'un village de l'Alsace en l'année 1728, par M. HANAUER. 85

Le régime hypothécaire au Brésil, par M. PEREIRA DA SILVA. . . . 89

BIBLIOGRAPHIE. — I. A. TUETEY. Étude sur le droit municipal au treizième et au quatorzième siècle en Franche-Comté, et en particulier à Montbéliard. — II. Ern. MOULIN. De l'unité de la législation civile en Europe, par M. LÉONCE DE FONTAINE DE RESBECQ, docteur en droit, substitut du procureur impérial à Nérac. 94

Projet d'un Code civil pour la République argentine, par M. M.-R. GARCIA. 97

L. GESSNER. *Bibliothèque diplomatique*. Le droit des neutres, par M. Alphonse RIVIER, docteur en droit, professeur à l'Université de Berne. 100

Aug. PINEL. Jurisprudence des chemins de fer, par M. Albert DESJARDINS, agrégé à la Faculté de droit de Paris, docteur ès lettres. . 111

Lettre à M. Édouard Laboulaye au sujet des Tables de Malaga, par M. G.-M. ASHER, *privat-docent* de droit. 113

Notice sur l'époque et la méthode de la fabrication des Tables de Malaga, par M. G.-M. ASHER, *privat-docent* de droit à Heidelberg. 115

De l'effet des arrhes dans la vente sous Justinien, par M. G. BOISSONNADE, professeur agrégé à la Faculté de droit de Grenoble. . . . 136

De la condition des enfants nés hors mariage dans l'antiquité et au moyen âge en Europe, par M. Léon MORILLOT, docteur en droit. . 149

Des fueros d'Espagne, de leur physionomie générale, comment la famille se constitue sous leur influence, par M Albert DU BOYS, ancien magistrat. 186

BIBLIOGRAPHIE. — Compte rendu de diverses publications, par M. LÉONCE DE FONTAINE DE RESBECQ, docteur en droit, substitut à Nérac. 203

C.-C. BRILLAUD-LAUJARDIÈRE, avocat. De l'Infanticide, étude médico-légale, par M. P. C. 207

Des effets du pacte de constitut, par M. Ed. BODIN, professeur de droit romain à la Faculté de Rennes. 209

De l'influence des travaux de Pothier et du chancelier d'Aguesseau sur le droit civil moderne (suite et fin), par M. Léopold THÉZARD, agrégé à la Faculté de droit de Poitiers, avocat à la Cour impériale. 229

Des conditions de capacité exigées des *officiers* dans l'ancienne monarchie française, par M. E. LAMÉ-FLEURY. 282

BIBLIOGRAPHIE. — EGGER (E.). Études historiques sur les traités publics chez les Grecs et chez les Romains, par M. E. CAILLEMER, professeur à la Faculté de droit de Grenoble. 295

La *Lex malacitana*, par M. Ch. GIRAUD, professeur à la Faculté de droit de Paris. 305

De la *bonorum possessio* établie par l'édit carbonien, par M. E. GLASSON, agrégé à la Faculté de droit de Nancy. 335

De la condition des enfants nés hors mariage dans l'antiquité et au moyen âge en Europe (suite), par M. Léon MORILLOT, docteur en droit. 363

De la législation civile dans le nouveau royaume d'Italie, par M. Paul GIDE, agrégé à la Faculté de droit de Paris. 392

BIBLIOGRAPHIE. — André SALMON. Le livre des serfs de Marmoutiers, par M. Henri DONIOL. 423

Paul CHARPENTIER. Études sur l'organisation judiciaire : avoués, par M. A. D. 428

G. DETRUC. Code de la détention préventive; — PELLAT. Textes choisis des Pandectes, par M. LÉONCE DE FONTAINE DE RESBECQ, docteur en droit, substitut du procureur impérial à Mont-de-Marsan. 430

La *Lex malacitana* (suite), par M. Ch. GIRAUD, professeur à la Faculté de droit de Paris. 433

Histoire du droit privé gréco-romain (suite), par M. Zachariæ de Lingenthal, traduit par M. Eugène LAUTH, substitut du procureur impérial à Wissembourg. 460

De la condition des enfants nés hors mariage dans l'antiquité et au moyen âge en Europe (suite et fin), par M. Léon MORILLOT, docteur en droit. 526

Leçon d'ouverture du cours de droit romain à la Faculté de Nancy, par M. Ernest DUBOIS, professeur agrégé à la Faculté de Nancy. . 553

Des origines du pouvoir ministériel en France, par M. le vicomte DE LUÇAY. 564

BIBLIOGRAPHIE. — E. GLASSON. Du consentement des époux au mariage, d'après le droit romain, le droit canonique, l'ancien droit français, le Code Napoléon et les législations étrangères, par M. Albert DESJARDINS, agrégé à la Faculté de droit de Paris. . . 627

Fréd.-Ch. DE SAVIGNY. Traité de la possession en droit romain, par M. P. C. 633

G. WAITZ. Histoire des constitutions en Allemagne, par M. le docteur HILLEBRAND. 634

C.-J. BEAUTEMPS-BEAUPRÉ. Le livre des droits et des commandements d'office de justice, par M. E. DE B. 637

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

Paris. — Typographie HENNUYER ET FILS, rue du Boulevard, 7.

OCT 26 1920